

Die französische Lehre und Rechtsprechung zum Begriff des Verwaltungsaktes und seiner Fehlerhaftigkeit

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts - und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von

Horst L a n z

1961

Fotodruckanstalt Rud. Stehle Düsseldorf



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE FRANZÖSISCHE LEHRE
UND RECHTSPRECHUNG ZUM
BEGRIFF DES VERWALTUNGS-
AKTS UND SEINER FEHLER-
HAFTIGKEIT



D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft-
lichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität
in Mainz

von H o r s t L a n z

Referent: Prof. Dr. H. Armbruster
Korreferent: Prof. Dr. P. Schneider

Tag der mündlichen Prüfung :

25. Juli 1961

Inhaltsübersicht:

Inhaltsübersicht	3
Literaturverzeichnis	7
Abkürzungen	11
Vorbemerkung	13

Erster Teil: Abgrenzungsprobleme

§ 1. Das Gesetz als Ausgangspunkt der Darstellung	13
---	----

§ 2. Abgrenzung nach formellen Gesichtspunkten	15
--	----

a) von Akten der Nichthoheitsträger	15
---	----

Praktische Bedeutung der Abgrenzung -
Ursprung und Entwicklung der Abgrenzungs-
schwierigkeiten - Kriterien der öffentlichen
Institution - Grenzfälle - Loslösung der
Bindung der Befugnis zum Erlaß von Hoheits-
akten an Subjekte des öffentlichen Rechts -
Notwendigkeit der Zuziehung materieller Kri-
terien -

b) von Akten der Legislative	25
------------------------------------	----

Problemstellung - Regierung als Gesetzgeber
in Ausnahmesituationen - als Gesetzgeber un-
ter normalen Verhältnissen - Das Unterschei-
dungsmerkmal - Die sogenannten parlamentari-
schen Akte -

c) von Akten der Rechtsprechungsorgane	31
--	----

Prakt. Bedeutung der Abgrenzung - Problema-
tische Fälle in der Vergangenheit - Insti-
tutionen mit gemischten Aufgaben - Insti-
tutionen mit unklarer Rechtsstellung - Unter-
scheidungskriterien - Der Justizakt - Maß-
nahmen von Beamten mit gemischtem Aufgaben-
kreis - Einteilung der Justizakte -

d) von Akten ausländischer Hoheitsträger	40
--	----

§ 3. Abgrenzung nach materiellen Gesichtspunkten ...	41
--	----

a) von privatrechtlichen Akten.....	41
Prakt. Bedeutung der Unterscheidung - Die Theorie der "actes d'autorité" und der "actes de gestion" - Die Theorie vom service public - Suche nach neuen Kriterien -	
b) von Legislativakten	48
Die positive und die negative Theorie - Das geltende Recht - acte règle, acte subjectif und acte condition als Abgrenzungsgrundlage - Die sogenannte Exekutivfunktion -	
c) von Rechtsprechungsakten	56
d) von Regierungsakten	58
§ 4. Abgrenzung des Rechtsaktes von Tathandlung und innerdienstlicher Weisung	62
a) Der Rechtsakt	63
Terminologie - Wesen - Angesprochener Personen- kreis - Rechtsakt im engen und weiten Sinne - Verhältnis zu den innerdienstlichen Akten - Maßnahmen allgemeinen Inhaltes - Allgemein- verfügungen - Qualifikation zum Erlaß - Ein- teilung nach dem Inhalt - der Art des Zustande- kommens - der inneren Struktur - dem Urheber - Ermessensakte -	
b) Die Tathandlung	79
c) Die innerdienstliche Weisung	80
Rechtliche Behandlung - Arten - Hilfsakte - Maßnahmen der Vorgesetzten - circulaires und instructions de service - Maßnahmen zur Rege- lung der Disziplin - règlements intérieurs -	
§ 5. Abschließende Begriffsbestimmung	92

Zweiter Teil: Fehlerhaftigkeit

§ 1. Rechtliche Sanktionen gegen nicht ordnungs-	
mäßige Akte	95
a) Inexistence	95
b) Nullité	96
c) Die 'inexistence' in der Rechtsprechung	98
Das theoretische Interesse an dem Begriff	
- Inexistence im eigentlichen Sinne und im	
Sinne einer groben Fehlerhaftigkeit -	
Folgerungen -	
d) Teilfehlerhaftigkeit	103
e) Nicht zwingende gesetzliche Vorschriften ..	104
§ 2. Grundlagen der Fehlerhaftigkeit	105
a) Die illégalité	105
Tatbestände der illégalité - Verhältnis	
zwischen Legalität und geltendem Recht -	
geschriebenes Recht - Rechtskraft - prin-	
cipes généraux du droit und Gewohnheits -	
recht -	
b) Die Theorie der "circonstances exceptionnelles" 113	
Grundlagen - Anwendungsfälle - Handhabung	
§ 3. Unzuständigkeit	117
a) Örtliche Unzuständigkeit	118
b) Zeitliche Unzuständigkeit	118
Grundlagen - Erledigung der affaires cou-	
rantes - Kritik an diesem Begriff -	
c) Sachliche Unzuständigkeit	122
Fälle von Nichtigkeit und Aufhebbarkeit -	
Sachliche Zuständigkeit im hierarchischen	
Verwaltungsaufbau - Übertragung von Aufga-	
ben - Übertragungen durch décret - Er-	
löschen der Übertragungsakte -	
d) Die théorie des fonctionnaires de fait	128
Ausgangspunkt - Anwendung -	
§ 4. Formverstöße	130
Besonderheiten in der Fehlerfolge - Wesent-	
liche Formbestimmungen - Unwesentliche -	
Heilung von Formmängeln - Vergleich mit dem	
deutschen Recht -	

§ 5. Rechtsverletzung	135
a) Grundlagen des Tatbestandes	135
Systematik und Terminologie - Irrtum über motifs déterminants und motifs surabondants - Besonderheiten des Tatbestandes -	
b) Die fehlerhaften "motifs"	139
Einteilung in historischer Sicht - Rechts- irrtum - Tatsachenirrtum - Tatsachenwür- digung -	
c) Handhabung durch die Verwaltungsgerichte	144
Rechtsirrtum - Tatsachenirrtum - Tatsachen- würdigung - Ausnahmeerscheinungen -	
d) Verhältnis zwischen "gebundener Verwaltung" und "fehlerhaftem Grund"	148
e) Die selbständige oder unselbständige Natur dieses Tatbestandes	150
§ 6. Ermessensmißbrauch (détournement de pouvoir)	152
a) Die subjektiven Momente	152
Doppelte subjektive Basis des Tatbestandes - Objektive Indizien für das subjektive Moment - Abgrenzung von objektiven Tatbeständen -	
b) Verhältnis zu den anderen Tatbeständen	155
Zur Unzuständigkeit - Zum "fehlerhaften Grund" - Schwindende Bedeutung -	
c) Erscheinungsformen	159
Widerspruch zum Allgemeininteresse - Aufga- benüberschreitung - détournement de procédure	
d) Verhältnis des détournement zu der zivil- rechtlichen causa-Lehre	162
§ 7. Verletzung der "Verwaltungsmoral" als Fehlergrund	164
Verhältnis zum détournement - Institutionelle Betrachtungsweise - Die Theorie von Waline -	
§ 8. Abschliessende vergleichende Betrachtung zur Fehlerhaftigkeit	167
Lebenslauf	169

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- A l l i b e r t , Raphaël: Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Paris, 1926
- A u b y , Jean-Marie: L'incompétence 'ratione temporis', in RDP 1953 S. 5 ff., zit.: Auby
----- L'inexistence des actes administratifs, Paris, 1951, zit.: Auby inexistence
----- La procédure administrative non contentieuse, in D 1956 Chron., S. 27ff., zit.: Auby procédure
----- Remarques sur quelques difficultés du droit administratif français, in Annales de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux, 1951, S. 3 ff., zit.: Auby remarques
- B e r t h é l é m y , H.: Traité élémentaire du droit administratif, Paris, 1933
- B o n n a r d , Roger: Le contrôle juridictionnel de l'Administration, Paris, 1934, zit.: Bonnard contrôle
----- Précis de droit administratif, 4ème éd., Paris, 1943, zit.: Bonnard
- B r è t h e d e l a G r e s s a y e : Essai sur le Droit professionnel, in Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux, 1954, S. 69 ff.
- C a r r é d e M a l b e r g : La loi, expression de la volonté générale, Paris, 1931
- C h a r l i e r , R. E.: Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratif, in JCP 1954 D 1169, zit.: Charlier
----- La cause dans la jurisprudence administrative récente, in JCP 1950 D 871, zit.: Charlier cause
- C h e v a l l i e r : Anmerkung in D 1925.3.45 und D 1926.3.25
- C o l l i a r d : Anmerkung in D 1945 J 269
- D o n n e d i e u d e V a b r e s , Jean: La protection des droits de l'Homme, in Et/Doc 1949, S. 44 ff.
- D r a g o : Anmerkung in D 1956 J 392

- D u e z , Paul, et D e b e y r e , Guy: Précis de droit administratif, Paris, 1954, zit.: Duez
- D u g u i t , Léon: L'Etat, tome Ier, Paris, 1901, zit.:
Duguit Etat
----- Traité de droit constitutionnel, tome II, 2ème éd.
Paris, 1923, zit.: Duguit
- E i s e n m a n n , Charles: Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge, Band 2 (1953), S. 1 ff., zit.:
Eisenmann Hoheitsakte
----- Le droit des actes, vervielfältigte Vorlesung an der Pariser Juristischen Fakultät im Studienjahr 1955/56, Paris, 1956, zit.: Eisenmann
----- Anmerkung in D 1953 J 683
- F o r s t h o f f , Ernet: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Auflage, München und Berlin, 1961
- F r é j a v i l l e , Marcel: La pratique des errata au Journal Officiel, in JCP 1948 D 677
- G a b o l d e : L'exception d'urgence en droit administratif, in D 1952 Chron., S. 41 ff.
- G a z i e r , M.: Essai de présentation nouvelle des ouvertures de recours pour excès de pouvoir en 1950, in Et/Doc 1951, S. 77 ff.
- H a u r i o u , Maurice: Précis de Droit Administratif et de Droit Public, 11ème éd., Paris, 1927, zit.: Hauriou
----- Précis de droit constitutionnel, 2ème éd., Paris, 1929, zit.: Hauriou DC
----- Anmerkungen in S 1901.1.3 und 57; 1913.3.105; 1917.3.25; 1921.3.9; 1926.3.25
- H u e t , Anmerkungen in S 1947.3.6 und 1946.3.13
- J a n n e a u , Benoit: Les Principes généraux du Droit dans la Jurisprudence administrative, Paris, 1954
- J e l l i n e k , Walter: Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offen-
burg, 1948
- J è z e , Gaston: Les principes généraux du droit administratif, 3ème éd., Paris, 1925
----- Anmerkung in RDP 1923 S. 58

- J o s s e : Extension et limites des compétences du Conseil d'Etat sur les actes, sur les juridictions, sur les ordres, in Conseil d'Etat-livre jubilaire, Paris, 1952, S. 161 ff.
- K n ö p f l e , Robert: Das Klagerecht Privater vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in NJW 1959, S. 553 ff.
- L a c h a z e : L'Expédition des affaires courantes en période de crise ministérielle, in D 1952 Chron., S. 65 ff.
- L a f e r r i è r e : Traité de la juridiction administrative, tome II, Paris, 1896
- L a f e r r i è r e , Julien: Manuel de droit constitutionnel, 2ème éd., Paris, 1947
- L a m p u é , P.: La notion d'acte juridictionnel, in RDP 1946 S. 5 ff.
- L a n g r o d : Remarques sur l'autorité des décisions administratives, in RDP 1948, S. 19 ff.
- d e L a u b a d è r e , André: Des 'pleins pouvoirs' aux 'demi décrets-lois', in D 1952 Chron., S. 35 ff., zit.: Laubadère D 1952
----- Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1952, zit.: Laubadère
- L e f a s , Aubert: Note sur les réformes que suggère la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux, in Et/Doc 1949, S. 64 ff.
- L e t o u r n e u r , M.: Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs, in Et/Doc 1955, S. 37 ff., zit.: Letourneur 1955
----- Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, in Et/Doc 1951, S. 19 ff., zit.: Letourneur 1951
- L e v a n t a l , L.: L'annulation pour excès de pouvoir des circulaires administratives, in D 1954 Chron., S. 99 ff.
- L i e t - V e a u x , G.: L'acte administratif, in Juris-Classeur administratif, fasc. 106 (Lose-Blatt-Ergänzungssammlung), Paris, zit.: Liet-Veaux
----- Les actes administratifs qui ne font pas grief, in Rev. adm. 1952, S. 384 ff., zit.: Liet-Veaux RA
----- Anmerkung in Rev. adm. 1952, S. 265

- Long, Weil et Braibant : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Paris, 1956, zit.: LWB
- Louis - Lucas, P.: Le retrait des actes administratifs individuels, in D 1952 Chron., S. 107 ff.
- Looking, W.: Die Grundlagen der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Beiträge zum öffentlichen Recht, 2. Buch, Würzburg, 1955
- Mathiot : Anmerkung in S. 1953.3.33
- Mestre : Anmerkung in S. 1944.3.1
- Mignon, M.: La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la Doctrine et la Jurisprudence, in D 1951 Chron., S. 127 ff.
- Morange : Anmerkung in D 1953 J 719
- Obermayer, Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart - München - Hannover, 1956
- Odent, R.: Contentieux administratif, 3 Bände, Paris 1953 / 54
- Olivier, G.: Signature et forme des décisions administratives, in Revue administrative 1952, S. 377 ff.
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin - Göttingen - Heidelberg, 1949
- Quermonne, J.-L.: Décision exécutoire, in Encyclopédie juridique Dalloz, droit administratif, tome I, Paris, 1958
----- Anmerkung in D. 1941 J 474
- Rivéro, Jean: Existe-t-il un critère du droit administratif, in RDP 1953, S. 279 ff., zit.: Rivéro
----- Le juge administratif français: un juge qui gouverne ?, in D 1951 Chron., S. 21 ff., zit.: Rivéro Juge
- Rolland, Louis: Précis de droit administratif, 9ème éd., Paris, 1947
- Rückert, Dieter: Grundlagen und Bedeutung der Décrets-lois im französischen Verfassungsrecht, rechtswissenschaftliche Dissertation, Mainz, 1960
- de Soto, J.: La notion de jurisprudence, in D 1956 Chron., S. 45 ff.
----- Anmerkung in D 1944 J 118

- S t a s s i n o p o u l o s , M.: Traité des actes administratifs, Athen, 1954
- S t e i n d o r f f , Ernst: Die Nichtigkeitsklage im Recht der europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Frankfurt am Main, 1952
- T h e i s , Jean: Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit der Gegenwart, in Archiv für öffentliches Recht, Band 77 (1951/52), S. 1 ff.
- U l e , C. H.: Der Gerichtshof der Montangemeinschaft als europäisches Verwaltungsgericht, in DVBl. 1952, S.65 ff.
----- Verwaltungsprozessrecht, München und Berlin, 1960, zit.: Ule
- V e d e l : Anmerkung in JCP 1953 II 7598 und 1954 II 7616
- V i d a l , R.: L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative, in RDP 1952, S.275 ff.
- V i r a l l y , M.: Acte administratif, in Encyclopédie juridique Dalloz, droit administratif, tome I, Paris, 1958, zit.: Virally
----- L'introuvable acte de gouvernement, in RDP 1952, S. 317 ff., zit.: Virally RDP
----- Anmerkung in D 1955 J 330
- W a l i n e , Marcel: Droit administratif, 7ème éd., Paris, 1957, zit.: Waline
----- Anmerkungen in D 1934.3.65; in RDP 1934 S.539; in RDP 1947 S.68; 1952 S. 1029 und 1954 S. 509
- W o l f f , Hans J.: Verwaltungsrecht I, 4. Auflage, München und Berlin, 1961

A b k ü r z u n g e n

Anm.	Anmerkung zu einer Gerichtsentscheidung
BBG	Bundesbeamtengesetz
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cass.	Entscheidung des Cour de cassation, zitiert nach Datum, Parteibezeichnung und Fundstelle

CC	Code Civil
CE	Entscheidung des Conseil d'Etat, zitiert nach Datum, Parteibezeichnung und Fundstelle
Chron.	Aufsatzteil des Recueil Dalloz (vgl. Abkürzung D)
concl.	conclusions des commissaire du gouvernement, Vortrag vor dem Conseil d'Etat, veröffentlicht mit der jeweiligen Entscheidung
D	Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation, seit 1956 Recueils Dalloz et Sirey, doctrine - jurisprudence - législation
DA	Recueil Dalloz, Dalloz analytique (1941-1944)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
Et/Doc	Etudes et Documents, Schriftensammlung des Conseil d'Etat
f., ff.	folgende Seite, folgende Seiten
frz.	französisch
h. M.	herrschende Meinung
JCP	Jurisclassseurs Périodiques (la Semaine Juridique)
JO	Journal Officiel
LWB	Long-Weil-Braibant (vgl. Literaturverzeichnis)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Ord.	Ordonnance
RCE	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits
RDP	Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Etranger
Rev.adm.	Revue administrative
RGZ	Reichsgericht-Rechtsprechung in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seite
Rspr.	Rechtssprechung
S	Recueil Sirey
TC	Entscheidung des Tribunal des conflits, zitiert nach Datum, Parteibezeichnung und Fundstelle
VA	Verwaltungsakt
Verf.	Verfassung
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
zit.	zitiert

V o r b e m e r k u n g

Die Entstehung europäischer Institutionen hat dazu geführt, daß nationales Recht in den übernationalen Bereich angehoben wurde. Dabei hat das französische Verwaltungsrecht besondere Bedeutung erlangt. Wesentliche Teile seines Anfechtungsverfahrens sind übernommen worden. Hiermit hat zugleich der Fragenkreis um den Verwaltungsakt an Interesse gewonnen. Systematisch wird dieser Begriff zwar dem Verwaltungshandeln zugeordnet, aber seine Bedeutung liegt genauso im prozessualen Bereich. Demgemäß besteht Anlaß, aus dem Themenbereich um den Verwaltungsakt einige Hauptprobleme herauszugreifen und darzustellen, wie sie von Wissenschaft und Rechtsprechung in unserem französischen Partnerland behandelt werden.

Die "Abgrenzungsprobleme" beziehen sich auf die Bestimmung und Erklärung der Akte der Verwaltung insgesamt, deren Abgrenzung von anderen staatlichen Akten und von nicht öffentlich-rechtlichen Handlungen der Verwaltung. Außerdem werden die Akttypen der Rechtsakte, Tathandlungen und innerdienstlichen Weisungen beschrieben. Unerörtert bleiben die Verwaltungsverträge, obgleich einige Autoren auch diese als "acte administratif" oder als "zweiseitigen Verwaltungsakt" bezeichnen. Unter "Fehlerhaftigkeit" werden die qualitativen Unterschiede von Rechtsverstößen beim Erlass einer Verwaltungsmaßnahme behandelt. Daneben gehören zu diesem Themenkreis die möglichen Fehlerursachen, wie sie von der französischen Lehre und Praxis in den "Fehlertatbeständen" typisiert werden.

E r s t e r T e i l :

A B G R E N Z U N G S P R O B L E M E

§ 1. Das Gesetz als Ausgangspunkt der Darstellung

Im positiven französischen Recht ist erstmals die Bezeichnung "Akt der Verwaltung" verwandt worden in den Gesetzen vom

16. und 24. August 1790 (1). Dort wurde den ordentlichen Gerichten untersagt, über Handlungen der Verwaltungsträger bzw. über alle Akte der Verwaltung, gleich welcher Art, zu befinden (... de ne pas troubler les opérations du corps administratif, bzw. ... les actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient). Heute ist die praktische Bedeutung des Verwaltungsaktes für das französische Recht ausgerichtet auf Art. 32 der Ordonnance vom 31. Juli 1945 über den Conseil d'Etat. Dort ist bestimmt, daß dieses Gericht über Anfechtungsklagen "gegen die Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden" entscheidet. Es heißt dort: Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés ... contre les actes des diverses autorités administratives (2). Damit ist ausgesprochen, daß die Qualifikation der erlassenden Instanz als autorité administrative (Verwaltungsbehörde) zumindest mitmaßgeblich ist für die Abgrenzung der verschiedenen Gruppen von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Akten. Die Befähigung zum Erlass von Verwaltungsmaßnahmen (verstanden im technischen Sinne) ist daher grundsätzlich von der Zugehörigkeit zur Verwaltung abhängig.

Das französische Gesetz geht also für die Anfechtungsklage von einem organisatorisch gefassten Begriff des acte administratif aus. Es regelt nicht, welche inhaltlichen Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit er tatsächlich anfechtbar ist. Hierzu hat der Conseil d'Etat in seiner Rechtsprechung eine Reihe von Zulässigkeitsvoraussetzungen entwickelt(3).

(1) Stassinopoulos, aaO., S. 22 Anm. 4

(2) Die gleiche Formulierung war auch in Art. 9 des Gesetzes vom 24. Mai 1872 und in Art. 28 des Gesetzes vom 18. Dezember 1940 über den Conseil d'Etat enthalten.

Über die Zuständigkeitsverteilung zwischen diesem Gericht und den 1953 neugeschaffenen tribunaux administratifs gibt Lücking, aaO., S. 9 ff., Aufschluss.

(3) Auf dieser frühen gesetzlichen Regelung beruht es, daß der acte administratif kein dem deutschen Verwaltungsakt ähnliches "akademisches Leben" geführt hat (Obermayer, aaO., S. 23).

§ 2. Abgrenzung nach formellen Gesichtspunkten

Von der gesetzlichen Regelung ausgehend beginnt diese Abhandlung damit, den actes administratifs nach seinen formellen Elementen von den Akten der Privatrechtssubjekte und den Akten der nicht-verwaltungsmäßigen Hoheitsträger abzugrenzen. Gegenstand der Erörterung ist die formelle, organisatorische Qualifikation zur Teilnahme am Handeln der Verwaltung, zum Erlaß von actes administratifs.

a) von Akten der Nicht-Hoheitsträger

Bis in neuere Zeit hinein schien im französischen Verwaltungsrecht die Befugnis zum Erlaß von actes administratifs grundsätzlich davon mit abzuhängen, ob der Urheber eines Aktes als organe administratif ein Subjekt des öffentlichen Rechts war oder nicht(4). Nur für die sogenannten klassischen Arten beliehener Unternehmen auf dem Gebiete der Versorgung und des Verkehrs bestand eine Ausnahme, weil auch in ihrem Bereich grundsätzlich öffentliches Recht galt, unabhängig davon, ob sie von Privatpersonen betrieben wurden oder nicht. Für den Anwendungsbereich verwaltungsrechtlicher Normen war entscheidend, ob eine Tätigkeit im Rahmen eines service public vorgenommen wurde(5).

(4) Laubadère, aaO., S. 150

(5) Der service public hat zwei verschiedene Bedeutungen: In organisatorischem Sinne verstanden bezeichnet er den mehr oder minder selbständigen Teil des Verwaltungsapparates, der eine bestimmte Funktion ausübt. Im materiellen Sinne kennzeichnet er eine Tätigkeit im allgemeinen Interesse unabhängig von der Rechtspersönlichkeit; er bedeutet hier soviel wie service du public (Bonnard, aaO., S. 46, Laubadère, aaO., S. 36, 151, LWB, aaO., S. 231, Rolland, aaO., S. 2, Waline, aaO., S. 589). Ursprünglich kannte man drei Organisationsformen: Unselbständige services publics, die durch den allgemeinen Verwaltungskörper wahrgenommen werden; öffentliche Anstalten als Subjekte des öffentlichen Rechts; Konzessionen eines service public an Privatunternehmen unter Kontrolle der Verwaltung (Bonnard, aaO., S. 59 f und Laubadère, aaO., S. 37). Allerdings heißt dies nicht, daß jede Tätigkeit im Interesse der Allgemeinheit von Natur aus einen service public darstellt. Voraussetzung ist, daß die zuständigen Hoheitsträger eine création de service public vornehmen. Die Befugnis hierzu haben für ihre jeweiligen Aufgabengebiete der Gesetzgeber, die

Bis zum Urteil vom 13. Mai 1938 (Caisse primaire "Aide et Protection" et Fauvel) hatte der Conseil d'Etat immer wieder ausgesprochen, es habe eine institution du droit privé gehandelt und daher stehe kein Erlaß eines acte administratif in Frage. Die Natur der Institution entschied bei Privatrechtspersonen über die Natur der vorgenommenen Akte(6). Daher trat bislang die Frage nach dem Vorliegen eines acte administratif zusammen auf mit der Frage nach der Abgrenzung der institution publique von der institution privée(7). Dabei hatte man sich in Frankreich schon seit Mitte des vorigen Jahrhunderts gegen wachsende Schwierigkeiten zu behaupten. Zuerst zeigte sich das Problem bei der Unterscheidung zwischen établissements publics (öffentliche Anstalten) und établissements d'utilité publique, die zivilrechtliche, aber den öffentlichen angenäherte Personen sind. An ihnen hat die Rechtsprechung die allgemeinen Unterscheidungsgrundsätze zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Institutionen entwickelt(8). Beiden ist gemeinsam die Verfolgung eines gemeinnützigen Zieles; trotzdem ist die eine Subjekt des öffentlichen Rechts, die andere des Privatrechts(9). Zunächst war Unterscheidungskriterium die Art der Entstehung

Staatsverwaltung, aber auch die dezentralisierten Départements- und Gemeindeverwaltungen (Laubadère, aaO., S. 567).

Über die Bedeutung des service public als Kriterium der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit und über seine Evolution darf auf die eingehende Darstellung von Lücking, S. 15 f., verwiesen werden, da diese Frage über die hier vorliegende Themenstellung hinausgeht.

- (6) Umgekehrt war allerdings anerkannt, daß Hoheitsträger sich auch des Privatrechts bedienen konnten. Aus der Bejahung der Privatrechtlichkeit ließ sich also eine negative Folgerung ziehen. Der Umkehrschluss hieraus war indessen nicht möglich.
- (7) Die Frage, wann ein Verwaltungsorgan hoheitlich handelt, wird in § 3a) erörtert. In § 4 wird dargelegt, wann im Rahmen hoheitlicher Betätigung die Befugnis gegeben ist, Rechtsakte zu erlassen.
- (8) Laubadère, aaO., S. 150
- (9) Waline, aaO., S. 342

der Anstalt: Wurde sie von einem Hoheitsträger bewirkt, dann soll es sich um eine öffentliche Anstalt handeln, geschah sie dagegen durch Privatinitiative und war der Staat nur insoweit daran beteiligt, als er ihr die utilité publique, die Gemeinnützigkeit, zuerkannte, dann soll es eine privatrechtliche Anstalt sein(10). Dieses Unterscheidungsmerkmal verlor jedoch seine Allgemeingültigkeit als établissements d'utilité publique (insbesondere gemeinnützige Sparkassen) unmittelbar durch Gesetz geschaffen wurden, Daraufhin hat Waline (11) vorgeschlagen, die Befugnis zur Ausübung von Hoheitsgewalt (privilège de puissance publique) als Kriterium anzusehen. Nunmehr dürfen aber auch Privatrechtssubjekte auf den verschiedensten Gebieten über die klassischen verleihbaren services publics (Versorgungs- und Transportunternehmen) hinaus Hoheitsbefugnisse ausüben, wenn ihnen die Wahrnehmung eines service public übertragen worden ist. Daher kann auch mit diesem Kriterium nicht mehr in jedem Falle die öffentlich-rechtliche oder bürgerlich-rechtliche Natur einer Institution ermittelt werden (12). Dieser Gesichtspunkt ist somit hinfort nur noch ein Indiz unter mehreren für den Charakter eines Rechtssubjektes (13).

Demgemäß ermittelt man heute bei der Abgrenzung der Hoheitsträger von Nicht-Hoheitsträgern die allgemeinen Merkmale der öffentlich-rechtlichen Institution (14). Hauptgesichtspunkt ist, daß ein Hoheitsträger nur durch den Gesetzgeber oder die kraft Gesetzes dazu ermächtigte Behörde geschaffen werden kann. Entscheidend für die Einstufung ist die Absicht, aus dem fraglichen Gebilde ein privat- oder öffentlich-rechtliches zu machen(15). Wenn der Gesetzgeber sich nicht klar

(10) CE 22.5.1903, Caisse des écoles ..., in S. 1905.3.33; TC 31.5.1913, Pichot, in RCE S.605

(11) Anm. in D. 1934.2.65

(12) CE 13.5.1938, Caisse primaire ..., in D. 1939.3.65

(13) Waline, aaO., S.344; über die hiervon zu trennende Frage, wann unabhängig von der Natur eines Rechtssubjektes hoheitliches Handeln gegeben ist, vgl. unten § 3a.

(14) Mit ihr deckt sich der Begriff des service public, verstanden im organisatorischen Sinne.

(15) Laubadère, aaO., S.152, Waline, aaO., S.343; der CE formuliert im Urteil Masson vom 10.7.1934 in RCE S.800:

ausgesprochen hat, dann stehen dem Richter zur Aufdeckung dieser Absicht eine Reihe von Indizien zur Verfügung, die er einzeln oder in Verbindung miteinander anwendet: Die Entstehung durch die Verwaltung und nicht auf Grund Privatinitiative; die Verleihung von Hoheitsbefugnissen (sie ist nie allein Indiz); in zweiter Linie kommen dann noch die Organisation des betreffenden Gebildes, das Maß der Kontrolle durch die allgemeine Staatsverwaltung, die Art der Tätigkeit(16). Der verfolgte Zweck wird dagegen als zur Abgrenzung ungeeignet angesehen, da auch Privatrechtssubjekte, wie z.B. die Sparkassen als *établissement d'utilité publique* gemeinnützige Ziele verfolgen können(17). Waline hat noch einen weiteren Gesichtspunkt dargelegt: die freiwillige oder zwangsweise Mitgliederschaft, die bloß vom Vorliegen objektiver Voraussetzungen abhängt, wie etwa die Zugehörigkeit zur Gemeinde kraft Wohnsitzes, die Staatsangehörigkeit kraft Geburt, der Ärzteberuf kraft Mitgliederschaft zur Ärzteorganisation(18). Der *Conseil d'Etat* läßt sich aus verständlichen Gründen bei seinen Entscheidungen zum *acte administratif* von praktischen Fragen, denen der Zulässigkeit, leiten und umgeht dabei theoretische Stellungnahmen zum Begriff der Verwaltung(19).

Die Abgrenzungsschwierigkeiten sind beachtlich gewachsen mit dem Ansteigen der Zahl der Grenzfälle, die nicht eindeutig öffentlich- oder privatrechtlich einzureihen sind. Hierin zeigt sich wieder die allgemeine Annäherung zwischen

"Wenn man berücksichtigt, daß das Gesetz den Sozialversicherungskassen einen privatrechtlichen Charakter hat geben wollen ...".

(16) Ségalat, conclusions zum Fall Monpeurt, in ICP 1942 II 2046; GE 1.4.1949, Itami, in S.1950.3.18; Duez, aaO., S.162, Laubadère, aaO., S.152, Waline, aaO., S.344

(17) Duez, S.161; Rivéro, aaO., S.284; auch Hauriou im Vorwort zu *Droit administratif*, weil die Absicht ein vorwiegend subjektives Element sei, das außerhalb der objektiven Funktion einer Institution liege und deshalb ein bestimmtes Unterscheidungsselement nicht abgeben könne.

(18) Waline, aaO., S.248

(19) Virally, aaO., n° 1,4

privat- und öffentlich-rechtlicher Institution, die in Frankreich ähnlich wie in Deutschland vor sich geht. Unter verschiedenen Bezeichnungen wie office, bureau, commission, comité hat der Gesetzgeber häufig Gebilde ins Leben gerufen, die aufgrund ihrer Zusammensetzung, der Art ihrer Überwachung durch Staatsbehörden, ihrer Aufgaben auf den ersten Blick genau zwischen den beiden Gebieten einzureihen sind. Dies sind die problematischen Fälle. Die häufigsten davon sind die Berufs- oder Verbandsinstitutionen, die planwirtschaftliche und dirigistische Verwaltungsaufgaben erfüllen sowie berufliche Disziplinaufgaben wahrnehmen. Die Berufsorganisationen (ordres professionnels) z.B. bestehen meist aus Mitgliedern der von ihnen vertretenen Berufe, nehmen deren Interessen wahr und sind insoweit privatrechtlichen Charakters, durch ihre Aufgaben und Befugnisse dagegen erscheinen sie eher öffentlich-rechtlich (20).

Seit 1942 vertritt nun der Conseil d'Etat nach einer weitverbreiteten Ansicht (21) eine Rechtsprechung, die den Wert des Begriffs "autorité administrative" unterhölt und zugleich den Begriff des formell Verwaltungsmäßigen verwirrt. Er hat für die services publics professionnels (Berufsorganisationen) entschieden, daß deren Maßnahmen bezüglich ihrer Anfechtbarkeit actes administratifs darstellen schon allein deswegen, weil sie mit der Ausübung eines service public verbunden sind, ohne daß es weiter noch darauf ankomme, ob die fraglichen Gebilde öffentliche Anstalten seien. Diese grundsätzliche Haltung hat der Conseil d'Etat bezüglich der comités d'organisation, Stellen zur Lenkung der Industrieproduktion, eingenommen (22). Der commissaire du gouvernement Ségalat (23) bezeichnete sie als rechtsfähige Gebilde, bei denen man jedoch nicht sagen könne, ob sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich seien. Ihre Entstehung beruhe auf staatlicher Ini-

(20) Laubadère, aaO, S.150

(21) Laubadère, aaO, S.150, LWB, aaO, S.230, Rivéro, aaO, S.279, Anm. Vedel JCP 1954 II 7616

(22) CE 31.7.1942, Mon-peurt, in JCP 1942.II.2046

(23) Conclusions zu der vorzitierten Entscheidung, aaO;

tiative und es seien ihnen Planungsaufgaben und Zwangsbe-
fugnisse übertragen; damit könne man sie nicht als belie-
bene Unternehmen im herkömmlichen Sinne bezeichnen. Aber
ebensowenig seien die begrifflichen Voraussetzungen einer
öffentlichen Anstalt bei ihnen erfüllt. Obschon sie rechts-
fähig und selbständig einen service public wahrnehmen, seien
sie nicht lediglich dezentralisierte Verwaltungszweige.
Denn ausserdem lenken sie Wirtschaftsverbände und verfolgen
damit nichtstaatliche Interessen. Der Conseil d'Etat hat
dann auch die Rechtsnatur dahingestellt sein lassen, die
Anfechtbarkeit von Maßnahmen dieser Stellen aber dennoch
bejaht, weil mit ihnen ein service public ausgeübt worden
sei (24).

Diese Planungsstellen bestehen zwar nicht mehr, aber mit
der gleichen Argumentation hat der Conseil d'Etat Maßnah-
men berufsständischer Organisationen und Verbände behandelt
(25). In keinem dieser Urteile ist die Rechtsnatur der in
Frage stehenden Institution erörtert worden (26).

Hieraus wird zum Teil gefolgert, actes administratifs
könnten nunmehr ganz allgemein auch von Personen des
Privatrechts erlassen werden, wenn ihnen die Wahrnehmung
eines service public übertragen worden ist. Wenn den frag-
lichen Ausschüssen die Eigenschaft einer öffentlichen An-
stalt ausdrücklich aberkannt werde, so sei incidenter aus-
gesprochen, daß es sich um privatrechtliche Gebilde handele;
denn außer Gebietskörperschaften und öffentlichen Anstalten
gebe es keine anderen Subjekte des öffentlichen Rechts (27).

Über die Stellung des commissaire du gouvernement im
Verfahren vor dem Conseil d'Etat vgl. Lücking, aaO, S.8-9.

(24) vgl. Anm. 22

(25) CE 2.4.1943, Bouguen, in S. 1944.3.1

(26) CE 28.6.1946, Morand, in S. 1947.3.19; 14.5.1948,
Sargos, in RCE S.208; 12.12.1953, de Bayo, in Revue
pratique droit administratif, 1954.3

(27) Laubadère, aaO, S.151, LwB, aaO, S.230, Rivéro, aaO, S.279
Anm. Vedel in ICP 1954 II 7616, Virally, n° 11;
In diese Gruppe ist offenbar auch Brèthe de la Gressaye
(S.85) einzureihen, der für das Berufsrecht aus den
rechtlichen Gegebenheiten eine "Zwitterstellung" fol-
gert: Es soll ein Konglomerat von Zivil-, Verwaltungs-
und Gesellschaftsrecht sein und sich in keines der be-

Folgt man dieser Ansicht, dann " liegt die Konsequenz nahe, daß acte administratif ein im Rahmen eines service public gefasster Akt ist "(28). Somit ließe also hinfort die privatrechtliche Kennzeichnung eines Rechtssubjekts im Gegensatz zu den früher allgemein vertretenen Auffassungen keinen Schluss zu darauf, ob dieses actes administratifserlassen kann oder nicht. Maßgeblich wäre vielmehr die Art der Aufgaben und Tätigkeit als denen eines service public, ohne daß heute dabei noch eine Begrenzung bestünde auf die klassischen verleihbaren services publics.

Verschiedentlich sind aus den Urteilen des Conseil d'Etat über die Berufsorganisationen andere Folgerungen gezogen worden. Der oben geschilderten Interpretationsmethode wird entgegen gehalten, wenn der Conseil d'Etat sie nicht als öffentliche Anstalten ansehe, so müsse man damit noch nicht den weiteren Schluss ziehen, es handele sich folglich um zivilrechtliche Gebilde (29). Vielmehr sei von dem Zuständigkeitsgrundsatz des Art. 32 der Ord.v.31.7.1945 auszugehen, wonach der Conseil d'Etat über die Anfechtungsklage "gegen die Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden" entscheide. Schon daraus, daß sich das Gericht mit dem Streitfall in der Sache befasst habe, ergebe sich, daß eine Verwaltungsbehörde in Frage stehe. Es verblüffe zwar auf den ersten Blick, wenn die betreffenden commissions keine öffentlichen Anstalten sein sollen, dies könne jedoch im Hinblick auf den Vordersatz nur bedeuten, daß es neben den Gebietskörperschaften und öffentlichen Anstalten noch eine dritte Art von Subjekten des öffentlichen Rechts gebe: die Berufsorganisationen.

stehenden Systeme einreihen lassen. Daher verneint er die Zugehörigkeit der Berufsorganisationen zur Verwaltung. Die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit könne im Hinblick auf die Natur als Interessenorganisationen von Privatrechtspersonen nicht ausschlaggebend sein.

(28) LWB, aaO, S. 231

(29) Duez, aaO, S. 594, Waline, aaO, S. 367, Anm. Mestre in S. 1944 3.1.

In diesen Meinungsverschiedenheiten kommt der Gegensatz zwischen der hoheitlichen und der gesellschaftsrechtlichen Auffassung der Planwirtschaft zum Ausdruck (conception étatisiste ou corporative de l'économie dirigée). Unabhängig davon, wie nun die Berufsorganisationen aufzufassen sind, hat die neue Rechtsprechung gezeigt, dass die Begriffe des Verwaltungsorgans und des Hoheitsträgers unabhängig sind von dem des service public, weil diesem jetzt nur noch ein materieller Aussagewert zukommt(30); denn die Rechtsprechung lässt klar erkennen, daß ein Zivilrechtssubjekt mit der Wahrnehmung eines service public beliehen werden kann und daß "service public" nunmehr gleichbedeutend ist mit einer Tätigkeit im allgemeinen Interesse(31). Früher war die Beleihung auf die verleihbaren services publics beschränkt, heute betrifft sie darüberhinausgehend vielfältige Arten. In der Grundsatzentscheidung hierüber(32) hat der Conseil d'Etat ausgesprochen, daß das handelnde Gebilde privatrechtlich sei, wenn auch seine Tätigkeit die Ausübung eines service public darstelle(33).

Daraus ergibt sich einmal, daß die Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen weit über den Kreis der öffentlichen Rechtssubjekte hinausgeht. Da nun andererseits seit Anerkennung der services publics industriels ou commerciaux(34) durch die französischen Gerichte(35) öffentliche Unternehmen von rein wirtschaftlichem Charakter als services publics bezeichnet werden, obwohl ihre Tätigkeit vorwiegend privatrechtlichen Normen unterliegt, lässt die Ausübung

(30) Laubadère, aaO, S. 151, LWB, aaO, S. 230 f., Anm. Vedel in ICP 1954 II 7616, Waline, aaO, S. 71

(31) Laubadère, aaO, S. 151, LWB, aaO, S. 231,

(32) in D 1939.3.65, Caisse primaire "Aide et protection" et Fauvel (CE 13.5.1938).

(33) Zweck dieser Entscheidung war es, auf eine Versicherungskasse bestimmte öffentlich-rechtliche Normen anwenden zu können. Gerade diese Entscheidung hat die Inkongruenz zwischen formellem und materiellem Sinngehalt des Begriffs service public besonders herausgestellt. Hierüber insbesondere Vedel in ICP 1954 II 7616

(34) Hierüber eingehend Lücking, aaO, S. 25 f.

(35) Insbesondere TC 11.7.1933, Mélinette, in S. 1933.3.97

eines service public keinen allgemeingültigen Schluss darauf zu, ob die Tätigkeit einer Institution sich umfassend nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften bemisst.

Wenn der Richter das Vorliegen eines service public bejaht hat, dann bleibt ihm immer noch in einer weiteren Untersuchung die Feststellung zu treffen, ob auch ein Hoheitsträger (autorité publique) hoheitlich gehandelt hat, d.h., ob das betreffende Gebilde auch über die typischen hoheitlichen Zwangsmittel verfügt und diese im konkreten Falle eingesetzt hat, oder ob es andere Funktionen der öffentlichen Gewalt wahrnimmt und in deren Rahmen tätig geworden ist(36). Beispiel zu diesem Vorgehen sind die Darlegungen des commissaire du gouvernement in der Entscheidung Monpeurt(37): " Das bedeutet also, daß das Vorliegen eines service public nur eine widerlegbare Vermutung begründen kann, die Anlaß gibt zu der weiteren Prüfung, der Suche nach einem dritten Element: ob besondere Grundsätze des Verwaltungsrechts gelten ". Die Ausübung eines service public bedeutet daher heute nur noch, daß innerhalb dieses Rahmens Verwaltungsrecht anwendbar sein kann, daß actes administratifs möglicherweise erlassen werden können, sofern noch eine dritte Bedingung erfüllt ist(38).

Wo diese besonderen Grundsätze des Verwaltungsrechts gelten und wann man einer autorité publique gegenübersteht, das ergibt sich für die klassischen Verwaltungsträger, die Subjekte des öffentlichen Rechts sind, aus den oben geschilderten Abgrenzungsindizien für die institutions publiques(39). Nur dann haben diese nicht hoheitlich gehandelt, wenn sie sich ausdrücklich des Privatrechts bedient haben.

(36) Auby, aaO, S. 17, Laubadère, aaO, S. 152

(37) ICP 1942 II 2046; Duez, aaO, S. 254

(38) Rivéro, aaO, S. 295

(39) Laubadère, aaO, S. 152

Für die neueren Verwaltungsträger im wirtschaftlichen Bereich, vor allem für die Privatrechtssubjekte, beurteilt sich die Ausübung exekutiver Gewalt danach, ob sie mit typischen Hoheitsmitteln "beliehen" sind. Gemeinsames Merkmal aller Beleihungen ist es, *dérogame du droit commun* zu sein; das sind im Verhältnis zum Zivilrecht erweiterte Machtbefugnisse oder aber erhöhte Bindungen im Interesse der Allgemeinheit(40). In diesem Fragenkreis entsprechen sich damit Methode, Systematik und Ergebnis im französischen und deutschen Verwaltungsrecht(41).

Die Frage nach dem Vorliegen von nicht-hoheitlichen Akten ergibt sich auch beim Handeln von "Scheinbehörden", bei Personen, die nicht zu Beamten berufen sind(41a). Fehlt die Ernennung, dann sind die von ihnen ergriffenen Maßnahmen grundsätzlich keine hoheitlichen Akte. Ebenso wenig können sie privatrechtliche Wirkungen äußern. Nur wenn es sich um eine "usurpation collective"(41b) handelt, kommt der Conseil d'Etat zu einer anderen Beurteilung(41c). Ein derartiger Fall ist gegeben, wenn eine Personenmehrheit Verwaltungsaufgaben ohne legale Befugnis unter außergewöhnlichen Umständen wahrnimmt und dabei dringend notwendige öffentliche Belange erfüllt. Diese Maßnahmen können wie echte staatliche Akte behandelt werden.

Verfügungen von nicht ordnungsgemäß berufenen Beamten sind im Interesse der Rechtssicherheit gültig oder aufhebbare *actes administratifs*. Sie werden wie reguläre behandelt; ihre Fehlerhaftigkeit bemisst sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Daraus folgt, daß auch sie nie privatrechtlichen Charakter haben können.

(40) Anm. Vedel, aaO; Rivéro, aaO, S. 279 f. und 293 f.

(41) Obermayer, aaO, S. 56 f. u. 60 f.

Wann ein als Hoheitsträger erkanntes Gebilde zudem auch hoheitlich gehandelt hat, wird in § 3a) erörtert bei der Abgrenzung nach materiellen Gesichtspunkten. Es ist die Frage nach der *gestion publique* und der *gestion privée*.

(41a) Eisenmann, aaO, S. 153; bei Anfechtungsklagen gegen solche Maßnahmen erklärt der Conseil d'Etat sie als nicht existent: CE 18.3.1921, Gaubert et Viandier, in RCE S. 328

Nur nach Zivilrecht beurteilt werden jedoch Handlungen, die ein Beamter schuldhaft völlig außerhalb jeglicher dienstlichen Zuständigkeit vornimmt. Dazu zählen vor allem die Fälle der "voie de fait", nach der Formulierung des Tribunal des Conflits "Akte, die ganz offensichtlich nicht auf der Anwendung irgendeines Gesetzes beruhen können (42)". Obwohl diese Handlungen von Verwaltungsbeamten vorgenommen wurden, haben sie ihre öffentlich-rechtlichen Merkmale verloren.

b) von Akten der Legislative

Diese Unterscheidung scheint ziemlich eindeutig zu sein. Die Verfassung von 1946 hat in Art. 5 das Gesetzgebungsorgan festgelegt: Nationalversammlung und Rat der Republik. Für die fünfte Republik bestimmt Art. 34 Abs. 1 in Verb. m. Art. 24 Abs. 1 der Verfassung von 1958 das Parlament, bestehend aus Nationalversammlung und Senat, zum Gesetzgebungsorgan (abgesehen von der in Art. 92 geregelten Übergangszeit). Aus diesen Vorschriften folgt ein positives Kriterium für den Gesetzgebungsakt. Trotzdem ist die Trennung des Gesetzes im formellen Sinne vom formell verwaltungsmäßigen Akt nicht ganz eindeutig. Bei einer Reihe von Akten hatte sich der Conseil d'Etat über die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage auszusprechen und zu entscheiden, ob sie Maßnahmen der Verwaltung oder des Gesetzgebers seien.

(41b) vgl. Teil II § 2b), §3e) die théorie des circonstances exceptionnelles und théorie des fonctionnaires de fait.

(41c) CE 5.3.1948, Marion et autres, in RCE S.113
(42) so Duez, aaO, S.250; Waline, aaO., S.84, definiert die "voie de fait" wie folgt: Es handelt sich um einen Fall, bei dem die Verwaltung durch eine offensichtlich rechtswidrige Maßnahme einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit oder das Eigentum vorgenommen hat.

Schwierigkeiten ergeben sich in den Fällen, in denen die Regierung als Gesetzgebungsorgan handelt.

1) Das tritt ein unter Ausnahmesituationen (43): besteht keine legislative Versammlung, dann übt die Regierung zugleich die gesetzgebende und ausführende Gewalt aus. Die Unterscheidung der Fälle, in denen sie als Legislative handelt, von den anderen wird nach der Form und der Verfahrensweise ihres Eingreifens getroffen. Dadurch wird sie nicht unklarer: der Conseil d'Etat wendet auf ihre "lois" oder "ordonnances" die Grundsätze für Gesetze im formellen Sinne an (44), auf ihre Dekrete die für actes administratifs (45).

2) Unter normalen Verhältnissen wird heute die Regierung nicht mehr als ein Organ angesehen, das Gesetze im formellen Sinne erlassen kann. Früher dagegen wurden verschiedene Arten von décrets réglementaires als vom Staatsoberhaupt als Gesetzgeber erlassen angesehen und deshalb den Rechtsgrundsätzen für Gesetze im formellen Sinne unterstellt (46).

a) Das galt einmal für die règlements d'administration publique (47). Lange Zeit hindurch sah man in ihnen eine Übertragung der gesetzgeberischen Zuständigkeit. Demgemäß fasste man sie als "Gesetz im formellen Sinne" auf. Nach vielfältiger Kritik seitens der Lehre hat der Conseil d'Etat diese Ansicht vor rund 50 Jahren aufgegeben (48).

b) Die Verordnungs-Befugnis des Präsidenten der Republik in kolonialen Angelegenheiten wurde zunächst als Handeln

(43) z.B.: Die Regierung von Vichy, das französische nationale Befreiungskomitee von 1945, die provisorische Befreiungsregierung zum Zusammentritt der verfassungsgebenden Versammlung 1944-1945 und neuerdings während der viermonatigen Übergangszeit zu Beginn der 5. Französischen Republik.

(44) Virally, aaO, no. 14

(45) CE 22.1.1946, Botton, RCE S. 58; 13.11.1948, Vincent, RCE S. 269; außerdem Art. 38, Verfassung von 1958

(46) Ein décret réglementaire ist ein Dekret allgemeinen Inhalts

in Eigenschaft eines Gesetzgebungsorgans angesehen. Auch diese Auffassung wird nicht mehr vertreten; selbst nicht für die Fälle, in denen ein Gesetz auf überseeische Gebiete für anwendbar erklärt wird (49).

c) Zweifel über die formelle Stellung der Regierung bestanden auch bei den décrets-lois der 3. Republik. Sie sind décrets, die aufgrund einer gesetzgeberischen Ermächtigung von der Regierung wie Verordnungen erlassen wurden, aber ebenso wie echte Gesetze frühere Gesetze abändern oder aufheben konnten (50). Beim Erlaß sind sie ihren formellen Elementen nach Verwaltungsmaßnahmen (51). Erst mit der Bestätigung im Parlament werden sie Gesetzen gleichgestellt (52). In den meisten Ratifikationsurkunden ist auch die Formel enthalten: "Es wurde folgendes Dekret ratifiziert und in ein Gesetz umgewandelt". Damit ist klargestellt, daß die Regierung beim Erlaß dieser Dekrete in Ausübung ihrer Funktion als Exekutive, nicht aber als Gesetzgeber gehandelt hat (53). Dennoch hat der Conseil d'Etat eine richterliche Kontrolle im Rahmen der Anfechtungsklage auch dann abgelehnt, wenn erst nach Klagerhebung die parlamentarische Bestätigung erfolgte. Mit der Ratifikation wurde die Klage unzulässig (53a). Aber für die Zeit vor Ratifikation hat er die formelle Betrachtungsweise konsequent durchgeführt und die décrets-lois entsprechend der Qualifikation der erlassenden Instanz als

-
- (47) Rolland, aaO, S. 162, definiert sie als Maßnahmen allgemeinen Inhalts, die aufgrund eines Gutachtens der Assemblée générale des Conseil d'Etat gefasst werden. Sie ergehen aufgrund einer förmlichen Aufforderung der Legislative zur Festlegung von Einzelheiten über Ausführung oder Anwendung eines Gesetzes.
- (48) CE 6.12.1907, Chemins de fer de l'Est, in S. 1908.3.1.
- (49) CE 22.12.1913, Maurel, in D. 1936.3.17
- (50) Über die begriffliche Einordnung eingehend Rückert, aaO, S. 20 f.
- (51) CE 7.3.1947, Sté entreprise Jaulart et Cie, in RCE S. 103
- (52) CE 6.2.1935, Syndikat du commerce des vins, in RCE S. 159
- (53) Laubadère, aaO, S. 201, Waline, aaO, S. 440
- (53a) vgl. Rückert, aaO, S. 80, zu der ablehnen. Kritik in der frz. Lehre

Verwaltungsmaßnahmen behandelt (53b).

d) Eine ähnliche Situation ergibt sich bei den décrets aufgrund des Gesetzes vom 17.8.1948, obwohl theoretisch hier andere Gegebenheiten vorliegen (54). Dieses Gesetz gestattet es der Regierung, "alle früheren Regelungen" auf bestimmten Gebieten abzuändern. Zwar ist hier die Exekutive durch die ihr verliehenen Befugnisse ebenso wenig zur echten Legislative geworden wie in den oben geschilderten Fällen. Aber dennoch behandelt der Conseil d'Etat diese décrets nur dann wie Verwaltungsmaßnahmen, wenn sie "matières réglementaires par nature" betreffen (55). Damit lässt er die erlassende Instanz außer Acht und beurteilt die Anfechtbarkeit allein nach der Qualität der getroffenen Regelung.

Seit nun die Gerichte alle diese Arten von décrets réglementaires, décrets-lois und décrets de plein pouvoir als Verwaltungsmaßnahmen behandeln (soweit nicht eine der beschriebenen Ausnahmesituationen vorlag), gilt unbestritten das formelle Unterscheidungskriterium: Gesetze werden durch ein doppeltes Merkmal bestimmt, 1) den Urheber, das Parlament, 2) die Verfahrensform beim Zustandekommen, das in der Verfassung festgelegte Gesetzgebungsverfahren (56). Wenn hiermit auch nur das Gesetz positiv definiert ist, so folgt für den acte administratif immerhin, daß Akte der Exekutive grundsätzlich nicht Gesetz im formellen Sinne sein können(57).

Andere nicht ganz eindeutige Fälle sind Maßnahmen des Parlamentes sowie seiner Organe und Ausschüsse zur inneren Organisation. Sie unterliegen nicht den Vor-

(53b) vgl. CE wie Fußnote(51) und Rückert, aaO, S.82

(54) Rückert, aaO, S.26, bezeichnet sie entsprechend den besonderen Gegebenheiten als "unechte décrets-lois".

(55) CE 9.3.1951, Guiolet, in D 1951 J 474

(56) Eisenmann, aaO, S.164

(57) Carré de Malberg, aaO, S.40, 54, 59 und Eisenmann, aaO, S.134, sehen ohnehin diese Abgrenzung nach formellen Elementen als die einzig mögliche an; hierüber § 3 b).

schriften für das gesetzgeberische Verfahren. Deshalb sind sie keine "Gesetze im formellen Sinne" und werden zur Unterscheidung von diesen "actes parlementaires" genannt (58). Auch gegen sie ist eine Anfechtungsklage nicht zulässig. Waline (59) spricht angesichts dieser prozessualen Sonderbehandlung von einer "Ausdehnung der prozessualen Immunität der Gesetze auf diese nicht gesetzgeberischen Maßnahmen".

1) Hierzu gehören zunächst alle selbständig ergriffenen Maßnahmen einer parlamentarischen Versammlung: Resolutionen, Maßnahmen zur inneren Organisation. Obwohl sie nicht Gesetz sind, werden sie bezüglich der für sie geltenden Rechtsgrundsätze als solches behandelt (60).

2) Die Unterscheidung von dem formell administrativen Akt ist theoretisch am heikelsten bei den Maßnahmen der internen Verwaltungsorgane des Parlamentes. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, wegen der rein administrativen Rolle dieser Institutionen müsse man ihre Maßnahmen als Verwaltungsakt ansehen. Virally (61) leitet dies aus den Aufgaben dieser Organe ab. Im Interesse eines allumfassenden Rechtsschutzes hält er eine gerichtliche Kontrolle für erforderlich. Duez (62) folgert aus der inneren Natur dieser Akte, daß die Organe als Verwaltungsbehörde tätig werden und erklärt die besondere Behandlung der parlamentarischen Akte aus politischen Erwägungen der Gerichte im Interesse des verfassungsmäßigen Gleichgewichts. Der Conseil d'Etat hat einmal die gleiche Auffassung vertreten, als er eine Schadensersatzklage gegen den Staat aufgrund einer schadensstiftenden Handlung des questeur du Chambre des Députés für zulässig

(58) Duez, aaO, S.482, Eisenmann, aaO, S.126 u.166, Waline, aaO, S.44o

(59) aaO, S.44o; Eisenmann (aaO,S.127) weist auf ihre Verwandtschaft mit den sogenannten Regierungsakten hin (hierüber unten § 3b) u. führt aus, beide Gruppen seien unter den gleichen Voraussetzungen und mit denselben Folgen injustiziabel.

(60) Alibert, aaO, S.65, Laubadère, aaO, S.146, Odent, aaO, S.94

(61) aaO, no.17, ebenso Anm.Morange in D.1953 J 719

(62) aaO, S.482 f.

erklärte (62a). Seine allgemeine Haltung ist jedoch klar entgegengesetzt: er stellt organisatorische Gesichtspunkte in den Vordergrund seiner Betrachtung und geht davon aus, daß infolge der Verbindung der betreffenden Organe mit dem Parlament kein Zusammenhang mit der Tätigkeit der Exekutive bestehe und deswegen andere Grundsätze als für den acte administratif gelten müssen (63).

A fortiori entscheidet der Conseil d'Etat ebenso, wenn die Maßnahmen in Anwendung autonomer Satzungen des Parlaments ergehen (64).

3) Zwar haben nur Nationalversammlung und Rat der Republik gem. Art. 5 der Verfassung von 1946 das Parlament gebildet, dennoch hat der Conseil d'Etat die gleichen Grundsätze auf die Akte der Assemblée de l'Union française ausgedehnt, weil diese kraft Gesetzes ähnlichen Regeln unterliege, wie die echten parlamentarischen Versammlungen (65).

4) Seit einiger Zeit schon behandelt der Conseil d'Etat alle Maßnahmen zur Vorbereitung von parlamentarischen Wahlen ebenso wie parlamentarische Akte und lässt keine Anfechtungsklagen gegen sie zu, obwohl sie unzweifelhaft von Verwaltungsbehörden herrühren (66). Zwar unterscheiden sich diese Maßnahmen nicht formell durch den Urheber sondern nur inhaltlich von den eigentlichen Verwaltungsmaßnahmen; aber der Zusammenhang lässt es für vertretbar erscheinen, sie hier einzuordnen. Der Conseil d'Etat begründet die Sonderbehandlung damit, daß allein das Parlament als Richter für seine Mitglieder hierüber zu be-

(62a) CE 24.1.1934, Ronsin, in RCE S.137

(63) CE 15.12.1952, Cie d'Assurances générale, in D 1953 J 718, betreffend eine Verfügung des questeur der Nationalversammlung

(64) CE v.26.5.1950, Vouters, in D 1952 J 216: Unzulässigkeit einer Anfechtungsklage gegen eine Verfügung des Generalsekretärs, in der einem Kandidaten die Teilnahme an einer Bewerbungsprüfung versagt wird in Anwendung der Geschäftsordnung der Versammlung.

(65) CE 25.5.1950, Vouters, in D 1952 J 216; 15.12.1952 Cie d'Assurances générale, in D 1953 J 718
Das Tribunal administratif von Paris (13.7.1955, Dulon) hat die gleichen Grundsätze auch auf Maßnahmen des bureau du Conseil Economique angewandt.

finden habe; er befürchtet, sich in Widerspruch zu setzen mit den Entscheidungen des Parlaments in gleichen Fragen(67).

c) von Akten der Rechtsprechungsorgane

Die Trennung der Rechtsprechungsakte von den administrativen wird in der Überzahl der Fälle akut bei der Unterscheidung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichten; seltener stehen ordentliche Gerichte in Frage (68). Von dem verwaltungsmäßigen Charakter eines Aktes hängt es ab, ob gegen ihn der recours pour excès de pouvoir, die Anfechtungsklage, zulässig ist, oder ein Rechtsmittel vor einem Tribunal judiciaire, einem ordentlichen Gericht. Gleichermäßen hiervon abhängig ist es, nach welchen Vorschriften sich der Erlaß einer Maßnahme oder deren Rechtswirkung (insbes. die Frage einer Rücknahme oder eines Widerrufs) richtet (69). Der Charakter einer bestimmten Maßnahme wird daraus abgeleitet, welche Verfahrensbestimmungen kraft Gesetzes auf sie Anwendung finden. Spricht sich das Gesetz hierüber nicht aus,⁵⁰ soll im Rechtsstreit erst geklärt werden, ob konkrete Vorschriften angewandt werden müssen oder nicht. Ebenso kann ein Ausspruch des Gerichts über die Rechtsnatur einer Maßnahme

(66) Waline, aaO, S. 440

(67) Erstmals sprach sich der CE im Falle Maitre am 6.8.1912 in RCE S.982 in diesem Sinne aus, als er sich geweigert hat, über die Legalität von Dekreten zur Festsetzung von Senatswahlen zu befinden; später auch über die Verweigerung der Kandidatur zum Rat der Republik (9.6.1950, Mallarmé, in RCE 353).

(68) Eisenmann, aaO, S. 167

(69) Hierbei handelt es sich, wie Eisenmann, aaO, S.168 f., ausführt, um die Frage nach dem sog. "gerichtlichen Verfahren" mit seinen Rechtsgrundsätzen, die nur für Rechtsprechungsakte gelten, nicht aber auch auf Maßnahmen der Verwaltung anwendbar sind.

erforderlich sein zur Feststellung, ob ein bestimmter Akt eines Staatsorgans ergehen durfte, weil er in Widerspruch zu einem früheren steht (70).

Erstmals ergaben sich Zweifel über die Einstufung ministerieller Beschwerdeentscheidungen, die auch vor den Conseil d'Etat gebracht werden konnten (71). Es handelt sich hierbei um den Fall des "ministre-juge", der jedoch nur noch historische Bedeutung hat. Man stritt sich darüber, ob der Minister bei seiner Entscheidung als Richter anzusehen sei, als erstinstanzliches Verwaltungsgericht, und der Conseil d'Etat als Berufungsgericht oder aber ob er bloß Verwaltungsbehörde sei und der Conseil d'Etat erste Instanz. Der Conseil d'Etat hat sich dabei (72) im letzteren Sinne ausgesprochen.

Aktuelle Abgrenzungsfragen ergeben sich aus der Existenz einer Vielzahl von "conseils" und "commissions" bei der Verwaltung (73), sowie den "jurys d'honneur" und den Berufsorganisationen mit ihren Einrichtungen (74). Die Schwierigkeiten ergaben sich daraus, daß das gleiche Organ je nach Fall einmal als kollegialer Verwaltungsrat, das andere Mal als Rechtsprechungsorgan tätig wird (75).

(70) Eisenmann, aaO, S.169

(71) Laubadère, aaO, S.245 f., Waline, aaO, S.180

(72) CE 13.12.1889, Cadot, in LWB, aaO, S.20 f.; dabei stützte er sich auf den arrêté v. 5. nivôse des Jahres VIII, der alle rechtsprechenden Befugnisse des Ministers auf den Conseil d'Etat übertrug, und auf das Argument, der Minister verfolge nicht den Hauptzweck Recht zu sprechen, sondern stelle nur den Verwaltungsablauf sicher.

(73) z.B.: Conseils académiques, commission de bénéfices de guerre, eine Reihe von commissions auf dem Gebiet der Sozialversicherung.

(74) Eisenmann, aaO, S.169, Laubadère, aaO, S.149

(75) wie auch der Conseil d'Etat, der Conseil supérieur de l'éducation nationale und die früheren conseils de préfecture bis zur Verwaltungsreform von 1953.

Meist handelt es sich um Gebilde, die einmal Verwaltungsorgan und dann Verwaltungsgericht sind; ausnahmsweise kann aber auch ein Verwaltungsorgan als ordentliches Gericht tätig werden (76).

Typische und aktuelle Beispiele für Organe mit gemischten Aufgaben sind die conseils der Berufsorganisationen (conseils des ordres professionnels). Gleich ob diese Berufsorganisation^{en} als collectivités publiques (öffentliche Rechtssubjekte) oder als personnes privées aufgefasst werden (hierüber § 2a), ist anerkannt, daß sie Aufgaben von öffentlichem Interesse wahrnehmen. Die Maßnahmen ihrer conseils über die Eintragung in die Mitgliederliste sind actes administratifs, wie der Conseil d'Etat entschieden hat. Das Gleiche gilt für die Standesordnungen, die von diesen Organisationen ausgearbeitet worden sind (77). Demgegenüber sind die Entscheidungen der gleichen Organisationen in Disziplinarangelegenheiten Gerichtsentscheidungen, gegen die Rechtsmittel an die Verwaltungsgerichte möglich sind (78).

Es kommt aber auch vor, daß ein bestimmtes Gebilde zwar keinen gemischten Aufgabenkreis hat, aber seine verwaltungsmäßige oder rechtsprechende Natur gleichwohl zweifelhaft ist. Der Gesetzgeber hat auf vielen Spezialgebieten zum Entscheid über "Einsprüche" Institutionen geschaffen, ohne dabei klarzustellen, ob es sich um Rechtssprechungsorgane handelt oder um Verwaltungsorgane zur Prüfung von reinen Verwaltungsbeschwerden. Ein bemerkenswertes Beispiel der Unschlüssigkeit auf diesem Gebiet bietet der Conseil supérieur de l'électricité et du gaz (79). Mehrere Jahre hindurch war die Lehre geteilt da-

(76) So die Flurbereinigungsausschüsse (commissions de remembrement; CE 7.2.1949, Adam, in D 1950 S.5.

(77) CE 23.6.1950, Comité de défense .., in RDP 1951 S. 212

(78) Virally, aaO, S.34; CE 4.1.1952, Simon, in RCE S.13

(79) geschaffen durch Gesetz vom 8.4.1946, das zur Verstaatlichung der Unternehmen betr. Erzeugung, Transport und Verteilung von Strom und Gas führte.

rüber, wie man dieses Gebilde einstufen solle (80)

Wenn der Conseil d'Etat untersucht, ob ein bestimmtes Organ hinreichend Eigenschaften in sich vereinigt, um es unter den Rechtsprechungsorganen einstufen zu können und seine Akte als Rechtsprechungsakte zu behandeln, geht er nicht von einem einzigen Kriterium aus; vielmehr hat er eine Reihe von Indizien herausgearbeitet, die er sowohl einzeln als auch verbunden zum Aufdecken des gesetzgeberischen Willens benutzt (81). Dabei schwankt er zwischen formellen bzw. organisatorischen und materiellen Gesichtspunkten, ohne sich eindeutig für die eine oder die andere Betrachtungsweise zu entscheiden (82) .

1) Ein Grundsatz ist, daß Gerichte nur durch Gesetz begründet werden können (83). Diese Absicht des Gesetzgebers muss unzweideutig zum Ausdruck gekommen sein (84).

2) Daneben untersucht er den Aufbau des Organs und seine Zusammensetzung, insb. die Unabhängigkeit seiner Mitglieder (85), wobei das Fehlen eines rangmäßigen Unterordnungsverhältnisses jedoch kein absolut zuverlässiges

-
- (80) Insbesondere aus Art. 45 dieses Gesetzes, "der Rat entscheidet in letzter Instanz (arbitrera en dernier ressort)," haben sich Zweifel ergeben an seiner Stellung, zumindest bei bestimmten Tätigkeiten. Der Conseil d'Etat (27.5.1955, *Electricité de France*, in D 1956 J 308) hat entschieden, dem Conseil "fehle jeder rechtsprechende Charakter". In Deutschland waren ähnliche Fragen akut bei den Beschwerdeausschüssen nach dem Soforthilfegesetz. Das BVerwG. hat in einem Urteil vom 8.9.1953 in VerwRspr., Bd.6 S.245 f., ausgesprochen, daß ihnen die Qualität eines unabhängigen Gerichts fehle.
- (81) Eisenmann, aaO, S.170 f.; de Soto, aaO, S.45, LWB S.262; Donnedieu de Vabres, concl. zu CE 17.4.1953, *Falco et Vidaillac*, in RDP 1953 S.448; Laurent, concl. zu CE 16.12.1955, *époux Deltel*, in D 1956 J 44
- (82) LWB, aaO, S.260
- (83) Virally, aaO, no.36; so wurde einem Kollegial-Organ mit Disziplinargewalt nur verwaltungsmäßiger Charakter zuerkannt, weil es durch décret statt durch Gesetz geschaffen worden war: CE 17.7.1953, *Vigua Cotta et autres*, RGE S.380
- (84) CE 16.12.1955, *époux Deltel*, in D 1956 J 44
- (85) CE 2.2.1945, *Moineau*, in RGE S.27

Kriterium ist. Denn im Gesetz ist nicht immer die Rechtslage der geschaffenen Institutionen klargestellt; außerdem existieren Verwaltungsbehörden, die weder rangmäßig untergeordnet sind, noch einer Weisungsbefugnis unterliegen: die obersten Zentralbehörden und die dezentralisierten Verwaltungsbehörden (86).

3) Dann betrachtet er die angewandte Verfahrensart, insbesondere die Möglichkeit einer kontradiktorischen Verhandlung (87), die Zulässigkeit von Rechtsmitteln oder die Rechtskraft der Entscheidung (88) oder das Bestehen des Antragsgrundsatzes (89), die Form der Entscheidung mit Tenor, Entscheidungsgründen und Unterschrift (90).

4) Neuerdings stützt sich der Conseil d'Etat mehr auf materielle Gesichtspunkte: Aufgaben (mission confiée) und Befugnisse der Institution, Gegenstand ihrer Zuständigkeit, Möglichkeit einer Rücknahme der Entscheidung von Amts wegen (91). Von den Befugnissen ausgehend, ist ein Ausschuss notwendigerweise rechtsprechend, wenn er zuständig ist, eine décision ministérielle aufzuheben, weil die Minister im Verwaltungsaufbau an der Spitze eines Ressorts stehen (92).

Diese abwägende Methode wird von der Lehre allgemein gebilligt, wenn sie auch manche konkreten Ergebnisse des Conseil d'Etat kritisiert (93). Eisenmann (93a) folgert,

-
- (86) Eisenmann, aaO, S.60 f., 118; Laubadère, aaO. S.149
(87) Urteil Moineau, aaO.; lassen die Umstände, unter denen entschieden wird, eine streitige Verhandlung nicht zu, dann hat man es mit einem reinen Verwaltungsausschuß zu tun; Falco et Vidaillac, CE 17.4.1953 in RDP 1953 S.458
(88) Waline, aaO, S.170 und Anm.in RDP 1947 S.68
(89) Waline, aaO, S.170
(90) Urteil D'Aillières, CE vom 7.2.1947 und 2.5.1947, in RDP 1947 S.68
(91) CE 16.12.1955, époux Deltel, D 1956 J 44, concl. Laurent: "ein Organ ist Verwaltungsbehörde insbes. aus seinem Aufgabenkreis heraus". Aber auch schon vor Jahren (5.12.1924, Légillon, RCE S.985) hat der Conseil d'Etat die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben eines Organs untersucht.

daß der Conseil d'Etat beim Fehlen eindeutiger Indizien zu Gunsten eines Rechtsprechungsorgans immer davon ausgehe, alle Maßnahmen mit schwerwiegenden und endgültigen Eingriffen in persönliche Rechte oder Rechtslagen den Grundsätzen für Rechtsprechungsakte zu unterwerfen, sie daher als von einem Rechtsprechungsorgan herrührend anzusehen (94).

Aus der Trennung von Verwaltung und Rechtsprechung wird gefolgert (95), daß alle Akte von Gerichtsbehörden und von deren Hilfsorganen nicht als Akte der Verwaltung angesehen werden dürfen, selbst wenn es ^{sich} nicht um rechtssprechende Tätigkeit im eigentlichen Sinne handelt, sondern um "verwaltende". Diese Akte werden als actes judiciaires non juridictionnels bezeichnet. Der Conseil d'Etat (96) fasst die Kategorie dieser Akte sehr weit und versteht darunter alles, was zur Vorbereitung oder Vollstreckung eines Urteils geschieht, jegliche richterliche Kontrolle über die Hilfspersonen der Justiz, alles was den Ablauf der Justizverwaltung (fonctionnement du service judiciaire) betrifft, unter Ausschluß der Maßnahmen zu ihrer Organisation (97). In LWB (97a) wird die Behandlung dieser Akte wie folgt begründet: Die Justizbehörden

-
- (92) CE 25.7.1952, Gingold, in D 1953 J 187
 - (93) De Soto, aaO, S.46; Waline S.170: so gelangt man zu einer synthetischen Abgrenzungsformel: "das Kriterium liegt in der dem betreffenden Gebilde eingeräumten Möglichkeit, den ihm unterbreiteten Streitfragen eine rechtliche Lösung zu geben, die endgültig ist und gegenüber der eine Verwaltungsbehörde keine Aufhebungs- oder Änderungsbefugnisse hat".
 - (93a) aaO, S.171
 - (94) Dazu gehören die Entscheidungen der Jurys d'honneur von 1944 und die Disziplinarmaßnahmen der Berufsorganisationen. Dadurch, daß er die betreffenden Institutionen zu Gerichten deklariert, wolle der Conseil d'Etat dem einzelnen die Garantien des gerichtlichen Verfahrens gewähren (Eisenmann, aaO, S.171)
 - (95) Alibert, aaO, S.86, Bonnard, aaO, S.238 f., Duez, aaO, S.250, 345, Duguit, aaO, II. S.326, Eisenmann, aaO, S.172, Virally, aaO, no 19 f.
 - (96) Waline, aaO, S.441
 - (97) Waline, aaO, S.441
 - (97a) aaO, S.356

bilden eine von der Exekutive getrennte und weitaus unabhängige Hoheitsgewalt und damit sind sie in mancher Beziehung den Gesetzgebungsorganen ähnlich. Ebenso wie die Akte des Parlaments und seiner Verwaltungskörper nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen, werden deshalb die Akte der Justizbehörden in ihrer Mehrzahl ähnlich behandelt.

Die Anwendung dieses Grundsatzes wird dadurch kompliziert, daß zahlreiche Verwaltungsbeamte, die in den Rahmen des Verwaltungsdienstes gehören, zu einem mehr oder minder umfangreichen Teil ihrer Tätigkeit an dem Justizdienst teilnehmen. Hier muss dann die Art ihrer jeweiligen Tätigkeit betrachtet werden.

Es ist am konkreten Fall zu untersuchen, ob der Beamte als Verwaltungsbehörde oder aber in der Ausübung von Befugnissen in Beziehung auf die Rechtsprechung gehandelt hat, wodurch seinen Akten jeder verwaltungsmäßige Charakter genommen wäre (98). Indiz für die Art der Tätigkeit ist die jeweilige Dienstaufsicht. Beispiel für diesen Dualismus sind Handlungen der Bürgermeister als Standesbeamte oder Strafverfolgungsbehörde, der Polizei als Verwaltungspolizei oder Strafverfolgungsbehörde (99).

Der Conseil d'Etat lehnt immer wieder die Zulässigkeit von Klagen gegen "actes d'une procédure judiciaire" ab. Darunter sind zu verstehen:

1) Akte, die ein Urteil vorbereiten (actes préparant le jugement): Maßnahmen zur Erforschung strafbarer Handlungen; Akte der Gerichtspolizei (100); Schriftstücke, die eine strafbare Handlung feststellen, sonstige gerichtliche Verfolgungsmaßnahmen, Warenbeschlagnahmen, sobald die diesbezügliche Urkunde dem Gericht über -

(98) Eisenmann, aaO, S.173, Virally, aaO, no. 20

(99) Virally, aaO, no. 21 f., Waline, aaO, S.441 f.

(100) CE 29.1.1954, dame Jolivot, RCE S.61

mittelt wurde; Prozeßhandlungen, wie die Bestimmung eines Sachverständigen, Vergleichsvorschläge, Maßnahmen aufgrund einer Beschwerde, Pfändungen, Prozeßhandlungen der Anwälte, Verweigerungen der gerichtlichen Hilfe (101). Nicht hierunter fallen z.B. die Weigerung der Verwaltung, eine Urkunde aufzunehmen über Verstöße gegen eine réglementation administrative (102).

2) Maßnahmen zur Vollstreckung von Urteilen (actes d'exécution d'un jugement): Maßnahmen des Strafvollzuges, wie Einziehung von Geldstrafen, Aufenthaltsverbote (103), Gewährung oder Verweigerung von Gnadenakten (104). Eine Weigerung, die Staatsgewalt zur Vollstreckung von Urteilen einzusetzen, gehört dagegen vor die Verwaltungsgerichte (105).

3) Überwachungsmaßnahmen der Gerichte über die Hilfsbeamten der Justiz (surveillance des auxiliaires de la justice): Disziplinarakte über Anwälte, Notare, Justizbeamte oder sonstige Hilfsbeamte (106).

4) Maßnahmen über den Dienstbetrieb der Justiz (actes concernant le fonctionnement du service judiciaire): Von ihnen zu unterscheiden und als "Akte von Verwaltungsbehörden" zu behandeln sind nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat die Maßnahmen zur Organisation der Justizverwaltung (actes concernant l'organisation du service judiciaire). Diese letzte Sondergruppe soll zuerst umrissen werden. Zu ihr zählt der Conseil d'Etat Maßnahmen zur Errichtung oder Aufhebung eines Gerichtes, über die Änderung der örtlichen Zuständigkeitsbereiche, über den Aufgabenbereich der Richter und deren

(101) Beispiele von LWB, aaO, S.359, und Waline, aaO, S.442; Quellenhinweise ebendort.

(102) CE 11.1.1935, Colombino, in S.1935.3.41

(103) Waline, aaO, S.443

(104) seit CE 28.3.1947, Gombert, in S.1947.3.89 sind Gnadenmaßnahmen eindeutig keine Regierungsakte.

(105) CE 3.6.1938, Soc. la Cartonnerie ., in RCE S.521

(106) CE 26.4.1939, Lambert, in RCE S.263; 11.5.1953, Roffé, in RCE S.211

Dienstlaufbahn (107); hierunter fallen auch die Handlungen des Wahlprüfungsbüros zum Conseil supérieur de la Magistrature (108).

Die als "organisatorisch" bezeichneten Maßnahmen können vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden. Die übrigen Verfügungen, die sich auf den "inneren Dienstbetrieb" der Justiz beziehen, sind als actes judiciaires der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen, weil sie nach Ansicht des Conseil d'Etat Ausübung der rechtsprechenden Gewalt sind (109). Hierzu gehören z.B. Disziplinarmaßnahmen gegen Beamte wegen Amtspflichtverletzung (110), Änderungen der innergerichtlichen Geschäftsverteilung (111). Die praktische Handhabung dieser Unterscheidung führt häufig nicht zu klaren Ergebnissen, weil manche Maßnahmen sehr wohl in beide Gruppen eingereiht werden könnten. Demgemäß wird sie auch als willkürlich kritisiert (112). Aber sie entspringt einem praktischen Rechtsschutzbedürfnis gegen tief eingreifende Maßnahmen. Aus ähnlichen Erwägungen unterscheidet man im deutschen Verwaltungsrecht "Grundverhältnis" und "Be-

(107) Virally, aaO, no. 27, Waline, aaO, S.444 f., Quellennachweise ebendort.

(108) CE 17.4.1953, Falco et Vidallac, in RCE S. 175; seine Aufgabe besteht gem. Art. 84 der Verf. von 1946 in der Überwachung von Disziplin und Unabhängigkeit der Richter und der Verwaltung der ordentlichen Gerichte. Gerade dieses Urteil ist allgemein kritisiert worden (Anmerkungen von Mathiot in S.1953.3.33, Eisenmann in D 1953 J.683, Waline, aaO, S.444, Vedel in ICP 1953 II 7598, Liet-Veaux in Rev.adm. 1953,265), weil die Trennung der Verwaltung von den Gerichten es verlange, daß nicht nur jeder Gerichtszweig seine ihm eigenen Zuständigkeitsbereiche hat, sondern auch, daß der Dienstgang des einen Zweiges, hier der ordentlichen Gerichte, nicht der Kontrolle des anderen, hier des Conseil d'Etat, unterworfen sein darf. Der Conseil d'Etat jedoch sah das Wahlprüfungsbüro aus seinen Aufgaben heraus als Verwaltungsbehörde an. Denn es hat über die Zusammensetzung des Conseil supérieur, eines Gerichtes, zu entscheiden und übt "also" Exekutivgewalt aus. Aus späteren Urteilen ergibt sich, daß mit dieser Entscheidung aber nicht der bisherige Standpunkt über die actes judiciaires aufgegeben wurde: CE 26.6.1953, Darly, in RCE S. 326.

triebsverhältnis" beim besonderen Gewaltverhältnis -wenn auch beide Begriffspaare nicht auf gleicher Ebene liegen.

Die Trennung zwischen unabhängiger Gerichtsbarkeit und weisungsgebundener Gerichtsverwaltung wird also in Frankreich ähnlich gehandhabt wie in Deutschland. Allerdings fehlt es dort an einer dem § 179 VwGO entsprechenden Regelung. Es wurden auch bisher noch keine derart substantiierten Rechtsgrundsätze von den Gerichten herausgearbeitet, die zu einer entsprechend festen Terminologie geführt hätten.

d) von Akten ausländischer Hoheitsträger

Offensichtlich können französische Verwaltungsmaßnahmen nur von französischen Behörden herrühren. Die Anwendung dieses Satzes ist unter seltenen Ausnahme-umständen schwierig. Diese ergeben sich, wenn französische Verwaltungsbeamte in der Eigenschaft einer ausländischen Behörde handeln. Der einfachste Fall liegt vor, wenn diese Beamten einer von einem ausländischen Staat abhängigen Dienststelle angegliedert sind (Fall der früheren *Etats protégés*) oder zur Verfügung eines fremden Staates oder einer internationalen Organisation beordert sind. In diesen Fällen können sie nur als ausländische Behörde tätig werden (113).

Häufiger kommt es vor, daß ein französischer Verwaltungsbeamter in einem Einzelfall im Auftrage eines fremden Staates oder einer internationalen Organisation handelt, obwohl er auch weiterhin seine Tätigkeit im Rahmen der französischen Verwaltung beibehält. Dann muß man bei seinen Handlungen unterscheiden zwischen solchen, die französische *actes administratifs* darstellen und solchen, die ausländische sind. (114)

- (109) Virally, aaO, no. 27
- (110) Waline, aaO, S.444
- (111) CE 4.8.1913, Magnand, in RCE S.988
- (112) Waline, aaO, S.445
- (113) CE 1.7.1938, Jabin Dudognon, in DP 1939.3.9
- (114) CE 15.12.1954, Roucante, in D 1955 J.170; der französische Befehlshaber in Deutschland hatte den Vertrieb einer französischen Zeitschrift zu einem Zeitpunkt untersagt, als es eine deutsche Regierung noch nicht gab. Über diese Maßnahme wurde ausgeführt, sie sei erlassen auf einem Gebiet, das zu deutschen Hoheitsaufgaben gehöre. Daher sei keine französ. Staatsgewalt betätigt worden. Eine alliierte Behörde habe anstelle einer deutschen gehandelt.

§ 3. Abgrenzung nach materiellen Gesichtspunkten

Dieser § 3 handelt von der inhaltlichen Verschiedenheit zwischen den Exekutivakten in ihrer Gesamtheit und dem acte de droit privé. Außerdem befasst er sich damit,, wie die inhaltliche Abgrenzung von Akten der Exekutive, Legislative und der Rechtsprechungsorgane gegeneinander vorgenommen wird, und wie eine Gegenmeinung diese Methode zu widerlegen trachtet. Der qualitative Unterschied zwischen den verschiedenen Exekutivmaßnahmen bleibt zunächst ausgeklammert.

a) von privatrechtlichen Akten

Das französische Recht, fußend auf dem römischen und der Tradition des Imperium, steht genau wie das deutsche auf dem Standpunkt der Trennung des öffentlichen vom privaten Recht (1). Damit ist indes nicht ausgeschlossen, daß Hoheitsträger sich auf dem Wege der Gleichordnung mit anderen nichthoheitlichen Rechtssubjekten treffen und ohne Ausübung von Hoheitsgewalt tätig werden. Bei der Verwaltung staatlichen Vermögens etwa handelt ein Verwaltungsorgan "oft unter den gleichen Bedingungen wie der einzelne und sieht sich den gleichen Bestimmungen und gerichtlichen Zuständigkeiten unterworfen" (2).

Um deshalb den Eigenheiten des Verwaltungsrechts genügen zu können, müssen bei der Definition des acte administratif von vornherein alle diejenigen Akte ausgeklammert werden, bei denen sich die Verwaltung des Zivilrechts zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedient. Das entspricht der

(1) Alibert, aaO, S.12

(2) CE 6.2.1903, Terrier, in D 1904.3.65, concl.Romieu

Generalklausel über die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit (3), die in Verbindung mit dem Grundsatz der Trennung der Verwaltung von den Gerichten heute dahingehend interpretiert wird (4), dass sich die Verwaltungsgerichte nur mit Verwaltungssachen zu befassen haben (5). Das sind solche, die der Anwendung verwaltungsrechtlicher Grundsätze unterliegen (6). Art. 32 des Gesetzes über die Zuständigkeit des Conseil d'Etat ist daher so zu lesen: Der Conseil d'Etat entscheidet prozessual über Anfechtungsklagen in Verwaltungssachen gegen die Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden.

Ein zivilrechtliches Handeln liegt dann vor, wenn sich die Verwaltung der gleichen Rechtsregeln bedient, wie sie dem einzelnen zur Verfügung stehen (7). Zur Abgrenzung dieser Fälle sind im Laufe der Zeit verschiedene Theorien entwickelt worden.

Von nur noch historischer Bedeutung ist die Unterteilung in actes de gestion und actes d'autorité (8)(9). Während des

(3) Art. 32 der Ord. vom 31.7.1945; vgl. oben § 1

(4) Zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren noch die Verwaltungsgerichte für alle Streitigkeiten mit Beteiligung der Verwaltung zuständig. Im Laufe des 19. Jahrhunderts gelangte man zu der Auffassung, die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtszweiges müsse auch in der Art des angewandten Rechts zum Ausdruck kommen. Daher wurden die Verwaltungsgerichte hinfort nur noch in solchen Fällen für zuständig angesehen, in denen tatsächlich die Anwendung von Verwaltungsrechtssätzen in Frage stand (Laubadère, aaO, S.296 f.).

(5) Näheres über diese hier nicht unmittelbar interessierende Frage bei Lücking, aaO, S. 14 f.

(6) Bonnard, aaO, S. 194; Eisenmann, aaO, S. 145: damit ist das auf eine bestimmte Massnahme der Verwaltung anwendbare Recht entscheidend für die gerichtliche Zuständigkeit.

(7) Liet-Veaux, aaO, no. 3

(8) Laubadère, aaO, S. 40

(9) Bei dieser Unterteilung wurde eine bestimmte Anzahl von eigentlichen actes de gestion zu "actes d'autorité par détermination de loi" erklärt, um auch über sie die Verwaltungsgerichte entscheiden zu lassen.

19. Jahrh. sah man ganz allgemein die Idee der Hoheitsgewalt als Grundlage des Verwaltungsrechts an. Nach damaliger Auffassung äußerte sie sich in den actes d'autorité oder den actes de puissance publique; diese waren mit der Anwendung besonderer und über das allgemeine Recht hinausgehender Vorrechte verbunden (10). Actes d'autorité waren danach nur solche, in denen sich die Hoheitsgewalt betätigte. Diese Theorie wurde fallen gelassen, weil die Unterscheidungen zu unklar waren. Beide Bereiche durchdringen sich, und dadurch entsteht eine Reihe von Grenzfällen, die man nicht eindeutig einordnen kann. Wissenschaftliche Grundlage dieser Auffassung war eine später als unzulässig angesehene Aufspaltung der Rechtsnatur des Staates für hoheitliches Handeln und den nichthoheitlichen Bereich (11). Unbequem war auch, daß der Bereich des Verwaltungsrechts übermäßig eingeengt wurde. Denn diese Theorie erlaubte es nicht, den besonderen Erfordernissen der Verwaltung auch dann Rechnung zu tragen, wenn sie ohne Hoheitsgewalt sich betätigt hatte. (12)

Mit der Ausweitung des Verwaltungsbereiches durch vielfältige Zweige der Leistungsverwaltung kam man dann zur théorie du service public. Nach ihr war das Vorliegen eines service public Anwendungskriterium für das Verwaltungsrecht (13).

Damit, dass dem Staat die Hoheitsgewalt zur Erreichung seiner Ziele zur Verfügung steht, so folgerte man, müsse diese mit allen Betätigungen auch in den neuen Bereichen verbunden sein. Weil sich nun aber staatliches Handeln nur in einem service public äußern könne, müsse die Hoheitsgewalt in jeder Ausübung eines service public enthalten sein - zumindest latent, wenn diese Stelle offensichtlich nicht direkt Staatsgewalt

(10) Berthélémy, aaO, S. 1088

(11) Bonnard, aaO, S. 63, Laubadère, aaO, S. 40

(12) Laubadère, aaO, S. 40, Rivéro, aaO, S. 286 f.

(13) vgl. § 2 a) zur Definition des service public

ausübe, wie etwa Post und Schule. Denn als ultima ratio könne jederzeit auf die Hoheitsgewalt zurückgegriffen werden, selbst wenn sie nur latentes Element sei. Deshalb müsse jede Maßnahme im Rahmen eines service public auch dem öffentlichen Recht unterliegen (14).

Auf diese Art ist das fiskalische Handeln in Frankreich sehr eingeschränkt worden. Denn fast alles staatliche Wirken äußert sich dort in der Tätigkeit eines service public. Der Anwendungsbereich öffentlichen Rechtes ist damit bedeutend weiter als in Deutschland. Nur solche Akte der Verwaltung konnten ausnahmsweise privatrechtlich sein, die sich auf das domaine privé bezogen (14a) oder bei denen sich die Verwaltung freiwillig privatrechtlicher Formen bediente (15). Nachdem es aber nunmehr zu der in § 2 a) dargestellten Aufweichung des Begriffs von service public gekommen ist, wurde gleichzeitig klar, dass das Vorliegen eines service public allein nicht über die Anwendbarkeit verwaltungsrechtlicher Normen entscheiden kann (16). Denn es betätigen sich bestimmte Arten von services publics, vor allem die staatlichen Handels- und Industrieunternehmen sowie die Sozialversicherungsträger, grundsätzlich nur privatrechtlich (17).

Um dieser unübersichtlichen Situation abzuhelpen, bemühen sich Lehre und Rechtsprechung um ein neues Kriterium. Eine allumfassend anwendbare Lösung ist noch nicht aufgezeigt worden. Immerhin sollen die vertretenen Meinungen angeführt werden.

Der Conseil d'Etat hat ausgesprochen, daß weder der Erlass durch eine Verwaltungsbehörde, noch die Absicht, öffentliche Bedürfnisse zu befriedigen oder der Allge-

(14) Stassinopoulos, aaO, S.27

(14a) Dazu gehören Handels- und Industrieunternehmen sowie das im Fiskalbereich verbliebene Kostenwesen.

(15) Laubadère, aaO, S.47: so etwa bei der Aufnahme von Anleihen, bei Maßnahmen im Fürsorgebereich; dies sind die Fälle der gestion privée im Gegensatz zur

meinheit zu dienen, maßgeblich sei. Hierin liege kein Monopol der Verwaltung. Ebensowenig sei es die Ausübung von Hoheitsgewalt oder die Inanspruchnahme besonderer Vorrechte. Vielmehr sei der Gegenstand einer jeden Maßnahme entscheidend für deren Zugehörigkeit zu einem bestimmten Rechtskreis (18).

Dieses Kriterium deckt sich offensichtlich nicht mit der klassischen Unterscheidung in *actes d'autorité* und *actes de gestion*, weil dabei maßgeblich war, ob sich die Verwaltung auf die gleiche Stufe mit den einzelnen begeben hatte oder von hoheitlichen Vorrechten Gebrauch machte. Der Conseil d'Etat (19) hat dazu ausgeführt, es komme nicht darauf an, daß ein Verwaltungsbeamter handle, ebensowenig darauf, daß er sich auf Hoheitsrechte stütze. Erst wenn sich der Akt auch auf das öffentliche Recht beziehe, liege ein *acte administratif* vor; berühre er privatrechtliche Beziehungen, dann gehöre er vor die ordentlichen Gerichte (20). Das Objekt eines Aktes der Verwaltung ist nach dieser neuen Rechtsprechung des Conseil d'Etat privatrechtlich, wenn ein Beamter für private Unternehmungen handelt oder wenn der Akt an sich privatrechtliche Beziehungen (*rapports du droit privé*) betrifft (21). Wird jedoch

gestion publique. Sie sind nicht zu verwechseln mit den *actes de gestion* und *actes de puissance*, sie gehören einer anderen Ebene an.

(16) Rivéro., aaO, S.279, Waline, aaO, S.70

(17) Waline, aaO, S.82

(18) CE 5.2.1954, *Assoc. El Hamidia*, in JCP 1954 II 8136

(19) Fall *Associat. El Hamidia*; siehe vorherige Anm.

(20) Außer bei *actes de caractère réglementaire*, die wiederum wegen ihrer Allgemeingültigkeit *actes administratifs* sein sollen.

(21) Dieses neue Kompetenzkriterium hat sich seit 1951 abzuzeichnen begonnen, bis es der *commissaire du gouvernement* Mosset systematisch vortrug: CE 27.7.1951, *Caisse mutuelle ..*, in RCE S.438; 25.1.1952, *Fédération maritime ...*, in RCE S.57; 23.1.1953, *Avalone*, in RCE S.33; 6.7.1955, *Pamis*, in *Actualités Juridiques* 1955 II bis 17

die Fehlerhaftigkeit des Aktes selbst angegriffen, dann sollen die Verwaltungsgerichte wieder allgemein zuständig sein (22).

Virally (22a) sucht den anscheinend widerspruchsvollen Standpunkt des Conseil d'Etat (23) mit den Schwierigkeiten eines Grenzgebietes zwischen den Fragen der begrifflichen Umgrenzung des acte administratif und Problemen der Zulässigkeit von Anfechtungsklagen zu erklären. Er sieht hier einen Fall offensichtlicher Inkongruenz zwischen der theoretischen Begriffsumgrenzung und Zuständigkeitsfragen: trotz Vorliegens eines acte administratif seien die Verwaltungsgerichte nicht zuständig. Nach Auby (23a) handelt es sich hierbei aber lediglich um ein Hilfskriterium für diejenigen Fälle, in denen die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Natur eines Aktes zweifelhaft ist. Tatsächlich hat es der Conseil d'Etat nur bei der privatrechtlichen Führung eines service public angewandt (24). Bei den klassischen Verwaltungszweigen sind die Gerichte hingegen bei der bisherigen Unterscheidung in gestion privée und gestion publique geblieben (25).

Von anderen wird diese Rechtsprechung als Ausgangspunkt zu neuen allgemeinen Kompetenzgrundsätzen für alle Streitigkeiten in bestimmten Sachbereichen verstanden (26). Danach soll das rein beiläufige Einsetzen hoheitlicher Rechtsmittel nicht mehr über die Zuständigkeit entscheiden. Damit wäre die Zuständigkeitsfrage unabhängig von der Bezeichnung des einzelnen Aktes. Diese neue Auffassung ist zum Teil auf heftige Kritik gestoßen. Vedel (27) führt aus, praktisch sei sie nicht zu handhaben. Traditionell unterscheide man öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Beziehungen nach den Zuständigkeits-

(22) CE 8.1.1954, Rommel, in RGE S.21

(22a) aaO, no.18,48

(23) wegen der Anwendung dieses Kriteriums nur auf Teile der Verwaltungstätigkeit

(23a) Remarques, S.25

regeln für die ordentlichen Gerichte. Die Zuständigkeit der Gerichtszweige sei Ausgangspunkt der Fragestellung. Aber nunmehr werde mit der neuen Auffassung der Rechtsprechung die gerichtliche Zuständigkeit zu ihrem Ziel gemacht. Erst wenn der öffentlich-rechtliche Charakter einer Maßnahme feststehe, folgere man aus ihr die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Hieraus ergebe sich eine Gefahr für schwer entwirrbare Zirkelschlüsse.

Rivéro und Vedel schlagen demgegenüber vor, von dem Gedanken der exekutiven Gewalt und der Hoheitsgewalt auszugehen. Sie führen dabei die Gedanken von Hauriou im Vorwort zu seinem "Précis de droit administratif" fort,

der die Zielrichtung als vorwiegend subjektives Element zu Gunsten des objektiven Elementes der angewandten Mittel als richtungsweisend angesehen hat. Insbesondere führt Rivéro (28) aus, daß der Gesichtspunkt der Ausübung von Vorrechten der öffentlichen Gewalt allein nicht zur Klassifizierung ausreiche, weil die Verwaltung bei Ausführung ihres Willens neben einer Reihe von Vorrechten gerade im Bereich der gebundenen Verwaltung auch vielfältigen Beschränkungen im Verhältnis zu der Handlungsfreiheit des einzelnen unterliege. Daher seien für das Verwaltungsrecht charakteristisch die Abweichungen vom allgemeinen Recht; Abweichungen, die der Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben zusätzliche Befugnisse und Mittel verleihen oder sie aus Gründen der Rechtssicherheit zusätzlichen Einschränkungen unterwerfen.

Diese Situation lässt erkennen, daß weder Lehre noch Rechtsprechung bisher die Synthese gelungen ist zwischen den überkommenen Begriffen der *gestion privée* und der

(24) LWB, aaO, S.398

(25) TC 28.3.1955, Préfet du Var, in JCP 1955 II 8786

(26) LWB, aaO, S.397 f.; concl. Mosset in Sachen Assoc. El Hamidia (vgl. oben, Anm.18), ebenso Virally, aaO, no.4,48

(27) Anm. in JCP 1954 II 7616

(28) aaO, S.282 f.

gestion publique einerseits und dem neuen Ausdruck "rapports de droit privé" und "rapports de droit public" andererseits. Allerdings wiegt dieser Nachteil in der Praxis nicht so schwer, wie es scheinen könnte, weil jedes dieser Begriffspaare seinen eigenen Anwendungsbereich hat: die überkommenen Termini im klassischen Verwaltungsbereich, die neuen im Bereich der services publics à gestion privée, das sind die services publics à caractère industriel ou commercial und die services sociaux, die Sozialversicherungsträger.

b) von Legislativakten

Bezieht sich die Bezeichnung "acte administratif" auf eine Gruppe von Maßnahmen, die in der französischen Lehre und Rechtsprechung als von anderen Hoheitsakten qualitativ unterschieden behandelt werden? Ein Teil der Autoren ist der Meinung, die verschiedenen Staatsfunktionen seien jeweils mit Akten von gemeinsamen Merkmalen verbunden, die nicht auch zugleich bei den übrigen auftreten (29). In dieser positiven oder materiellen Theorie wird eine Abgrenzung der Verwaltungsmaßnahmen nach materiellen Gesichtspunkten als sinnvoll angesehen. Es wird dabei die jeweilige hoheitliche Funktion einmal nach ihrem Gegenstand und ihrer Wirkung betrachtet und daneben nach dem Inhalt der hervorgebrachten Akte (30). Demgemäß sagt Laubadère (31), man empfinde Gesetzgeben, Verwalten und Richten als wesentlich verschieden und daher dränge sich eine Abgrenzung der verschiedenen Hoheitsakte nach ihren materiellen Elementen auf. Zwar spiele im geltenden französischen Recht der formelle Gesichtspunkt

-
- (29) Vertreter insbesondere: Duguit, Jèze, Hauriou, Bonnard, de Laubadère, Duez, Debeyre, Rolland - im einzelnen weichen sie allerdings z.T. voneinander ab.
(30) Bonnard, aaO, S.60, Duez, aaO, S.185, Jèze, aaO, I S.28
(31) aaO, S.159 f.

die dominierende Rolle (32), aber dennoch seien materielle Definitionen nicht ohne Wert. Das ergebe sich z.B. aus der inhaltlichen Gleichartigkeit von *règlement administratif* (33) und "Gesetz im formellen Sinne". Denn in beiden seien Rechtsregeln allgemeinen und unpersönlichen Inhalts normiert. Hieraus habe das Tribunal des conflits (34) gefolgert, die ordentlichen Gerichte seien in beiden Fällen zur Auslegung befugt; *actes administratifs individuels* (Einzelanordnungen) hingegen dürften nur von Verwaltungsgerichten ausgelegt werden. Schließlich seien auch Regelungen eines Einzelfalles den Akten allgemeinen Inhaltes untergeordnet. Duguit (35) und Duez (36) geben den materiellen Unterscheidungsgesichtspunkten gegenüber den formellen den Vorrang, weil man nur mit ihnen den Kern und das Wesen der Sache erfassen könne. Daher bezeichnen sie das Auffinden materieller Elemente als Fortschritt in der Rechtstechnik. Das bedeutet jedoch nicht, daß sie formelle Kriterien ganz außer Acht lassen.

Eine Gegenmeinung vertritt eine negative Theorie. In ihr

-
- (32) So hinsichtlich der Anfechtungsklage Art. 32 der Ordonnance vom 31.7.1945; sie ist zulässig "gegen Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden", also unabhängig vom Inhalt, von der Regelung eines Einzelfalles.
- (33) Es handelt sich um Verwaltungsmaßnahmen von allgemeinem, unpersönlichem Inhalt, die der deutschen Rechtsverordnung entsprechen.
- (34) TC 16.6.1923, Septfonds, in S.1923.3.49; dort hat es folgendermaßen formuliert: "Geht man davon aus, daß ein *règlement administratif* einen *acte administratif* darstellt hinsichtlich des Charakters der erlassenden Instanz ..., so hat er gleichzeitig die Eigenschaft eines gesetzgeberischen Aktes, weil Anordnungen allgemeiner Bedeutung und Tragweite darin enthalten sind".
- (35) aaO, S. 185
- (36) aaO, II S. 154: "Um rechtlich die verschiedenen Staatsfunktionen unterscheiden zu können, muss man sich ausschliesslich auf materielle Gesichtspunkte beschränken, d.h. die vorgenommenen Handlungen in ihrer inneren Natur untersuchen und dabei völlig absehen vom erlassenden Organ, den handelnden Beamten".

werden die Staatsfunktionen als lediglich organisatorisch unterscheidbar dargestellt (37). Hauptargument dieser Autoren ist, das positive französische Recht beziehe sich nur auf die formellen Elemente der Staatshandlungen; die Verfassung treffe keine Einteilung nach dem Inhalt der Akte. Waline (38) sagt: "Das sogenannte Verwaltungshandeln existiert nicht; lediglich sind Akte der Verwaltungsbehörden *actes administratifs* (39)". Nach C. de Malberg (40) stehen die Verwaltungs- und Rechtsprechungstätigkeit der gesetzgeberischen gegenüber, weil sie sich infolge ihrer Abhängigkeit von den vorausgegangenen Gesetzgebungsakten unter diese unterordnen. Aber dieser Unterschied selbst habe formellen Ursprung, weil die Unterordnung einzig und allein aus der Stufung zwischen Gesetzgebungsorganen einerseits und Verwaltung sowie Rechtsprechung andererseits herühre. Ebenso sei die Definition des Gesetzes als ursprünglicher und selbständiger Akt (*acte initial et inconditionné*) letztlich formell, weil die eigenartige Kraft des Gesetzes mit seinem Ursprung zusammenhänge (41). Für die Vertreter der negativen Theorie ist die Inkongruenz von materiellem und formellem Sinngehalt der gleichen Bezeichnung (die ja bei der materiellen Definition unvermeidlich ist) eine "unverzeihliche Unlogik" (42). Theoretisch könne man zwar in die Definition des Gesetzes gleichzeitig formelle und materielle Elemente aufnehmen; unzulässig sei jedoch die Koexistenz zweier verschiedener Bedeutungen desselben Begriffs (43).

Der Conseil d'Etat untersucht in seinen Urteilen stets alle Gesichtspunkte. Er verbindet die verschiedenen formellen und materiellen Betrachtungsweisen miteinander (44).

-
- (37) Vertreter insbesondere: Carré de Malberg, Eisenmann
Virally und Waline
(38) aaO, 4. Aufl., S. 5 f.
(39) ebenso Virally, aaO, no. 1
(40) aaO, S. 33, 35, 40
(41) C. d. Malberg, *Théorie générale de l'Etat I*,
no. 128, zitiert bei Laubadère, aaO, S. 159
(42) C. d. Malberg, aaO, S. 52
(43) Eisenmann, aaO, S. 43 f., 58
(44) Lampué, aaO, S. 66

Die materielle Grenzziehung zwischen Exekutivmaßnahme und Gesetz erfolgt üblicherweise nach der allgemeinen Einteilung der Rechtshandlungen in Akte von abstrakter und unpersönlicher gegenüber solchen individueller Bedeutung. Neben diesen Rechtshandlungen gibt es *actes matériels* als Tathandlungen ohne Rechtswirkung.

Nach seinen materiellen Elementen äußert sich Gesetzgeben in der Schöpfung von *actes règle* (45). Der *acte règle* begründet allgemeine und unpersönliche Rechtslagen, ändert sie ab oder hebt sie auf und enthält folglich Rechtsnormen (46). Gesetz und *règlement administratif* sind *actes règle* (47). Ein *acte règle* wird erlassen, um Recht zu setzen auf der Ebene, wo die Rechtsgebote allgemein und unpersönlich gehalten sind. Innerhalb der *actes règle* besteht ein Rangverhältnis mit Verfassungsrechtssätzen an der Spitze, dann den gewöhnlichen Gesetzen und schließlich den *rèlements administratifs* (48).

Das Verwaltungshandeln hingegen äußert sich in der Schöpfung oder Verleihung von Rechtslagen im individuellen Bereich durch "*actes subjectif*" und "*actes condition*", daneben auch in bloßen Tathandlungen. Nach Bonnard (49) ist *acte subjectif* derjenige, der subjektive und individuelle Rechtssätze oder Rechtslagen begründet, abändert oder aufhebt. Er stellt sich dar als eine Ableitung aus einem allgemeinen Rechtssatz in Anwendung auf einen Einzelfall. Es werden Rechtssätze subjektiver Reichweite neu geschaffen. Dazu gehören alle Akte, die Rechte und Verbindlichkeiten begründen.

-
- (45) Der Begriff stammt von Duguit, dem Begründer der sogenannten Schule von Bordeaux; hierin übereinstimmend Bonnard, aaO, S.59 f., Duguit, aaO, I S.222 f., Jèze, aaO, I S. 25 f., Laubadère, aaO, S.153.
- (46) Diese materiellen Elemente werden auch zur Kennzeichnung der Rechtsakte im privatrechtlichen Bereich verwandt.
- (47) Bonnard, aaO, S.31, ebenso Laubadère, aaO, S.21
- (48) Bonnard, aaO, S.59
- (49) Bonnard, aaO, S.31

Der "acte condition" erschöpft sich darin, einen einzelnen einer allgemeinen und objektiven Rechtslage zu unterwerfen (50). Regelmäßig handelt es sich um einen Status, der durch Gesetz oder *règlement administratif* festgelegt ist und weder erweitert noch abgeändert werden kann (51). Da lediglich eine Einzelperson der bereits umfassend geregelten Rechtslage unterstellt wird, formuliert der *acte condition* keinen neuen Rechtssatz. Er hat nur zur Folge, daß ein einzelner einer abstrakten Regelung unterstellt wird. Er ist damit lediglich Bedingung und Voraussetzung für die Ausdehnung der Rechtslage auf einen einzelnen - daher auch sein Name (52).

Acte règle und *acte condition* treten stets in "reiner" Form auf. Sie zeitigen nur diejenigen Rechtswirkungen, durch die sie oben charakterisiert worden sind. Der *acte subjectif* hingegen ist komplexer Natur. Denn neben seinem Hauptmerkmal, eine persönliche Rechtslage neu zu schaffen, trägt er auch noch Elemente des *acte condition*: mit der persönlichen Rechtswirkung ist immer die Zuerkennung einer unpersönlichen Rechtslage verbunden. Denn jedes persönliche Recht oder jede persönliche Pflicht ziehen unpersönliche und allgemeine Befugnisse und Verpflichtungen nach sich. Sie sind eine Folge der imperativen Bestimmungen von Gesetz und *règlement administratif*, denen sich niemand entziehen kann (53).

(50) Bonnard, aaO, S.32, Jèze, aaO, I S.44, Laubadère, aaO, S.21

(51) Beispiel für einen *acte condition* sind die Verleihung der Staatsangehörigkeit, die Eheschließung, die Beamtenernennung (über deren Behandlung als einseitigen Akt vgl. unten § 4a, Fußnote 26).

(52) Meist ist der *acte condition* ein Akt individueller Bedeutung. Bonnard (aaO, S.32) hat aufgezeigt, daß es auch solche von allgemeiner Tragweite gibt, wie etwa die Erklärung des Belagerungszustandes oder des Staatsnotstandes. Durch sie werden zu Gunsten bestimmter Behörden allgemeine Zuständigkeiten ausgelöst, die vom Gesetzgeber für diesen Fall vorgesehen sind. Andererseits muss eine allgemeine Rechtslage nicht unbedingt durch einen *acte condition* zuerkannt werden. In bestimmten Fällen

Die materiellen Abgrenzungskriterien "generell" und "individuell" zwischen Gesetz und acte administratif reichen zurück bis zur französischen Revolution und dem Rousseau'schen Satz: "der Gegenstand des Gesetzes ist immer allgemein". In der Allgemeingültigkeit des Gesetzes sah man eine Garantie für die Gleichheit der Bürger und verband zugleich damit eine logische Einteilung. Auch diese Definition wird von den Vertretern der negativen Theorie bestritten mit Erwägungen, die auf normativen Gesichtspunkten beruhen oder auf formalistischen. "Der Bereich der Legislative hat keine Grenzen, und der Erlaß von "Einzelmaßnahmen" ist nicht ausgeschlossen, was die Praxis auch tatsächlich bestätigt"(54).

Waline (55) führt aus: "Wie soll man den acte administratif vom Gesetzgebungsakt unterscheiden? Man könnte daran denken, daß das Gesetz allgemeine Grundsätze aufstellt, die für alle Staatsbürger in gleicher Weise gelten. Wo soll man aber bei dieser Auffassung den règlement administratif einreihen? Er ist Gesetz im materiellen Sinne. Wenn

genügt der Eintritt einer Tatsache; so etwa löst die Erreichung der Volljährigkeit den Status eines Volljährigen aus.

- (53) Bonnard, aaO, S.53; Stassinopoulos, aaO, S.82, kritisiert diese Verbindung des acte règle mit dem acte subjectif durch den "Kanal" des acte condition, weil dazu eine hinreichende Rechtfertigung durch die Rechtswirklichkeit fehle. Jede Konkretisierung der allgemeinen Norm müsse notwendigerweise eine individuelle Rechtslage begründen oder verändern. Sie bestehe in einer bloßen Anwendung der Norm oder in der Begründung einer persönlichen Rechtslage auf Grund gesetzlicher Bestimmungen. In beiden Fällen sei die Konkretisierung eine Normierung eines Einzel-falles. Damit sei der acte condition in Wirklichkeit eine Art acte individuel, womit jener Begriff für die Einteilung der actes administratifs überflüssig werde.
- (54) Eisenmann, aaO, S.46
- (55) aaO, S.46, 58

der Bürgermeister ein règlement de police erlässt, dann ist dieser Gesetzgeber für seine Gemeinde, da der règlement administratif für alle in diesem Bereich gleichermaßen gilt. Deshalb ist es unmöglich, nach materiellen Gesichtspunkten ein Gesetz von einem règlement administratif zu unterscheiden. Muß man daraus nun schließen, ein règlement administratif sei kein acte administratif, dessen Erlaß sei nicht mehr Ausübung der Verwaltungsfunktion? Eben deshalb ist es falsch, das Gesetz, das notwendig allgemein sein soll, dem acte administratif, der notwendig individuell sein soll, gegenüberzustellen. Denn in der Praxis erfahren die generelle Natur des einen und die spezielle des anderen eine Überzahl von Abstufungen und deshalb geht man unmerklich vom Allgemeinen zum Besonderen über".

C. de Malberg (56) definiert das Gesetz durch seinen ursprünglichen und unbedingten Charakter (caractère initial et inconditionné), der im geltenden französischen Recht nur bei den Maßnahmen des souveränen Parlaments anzutreffen sei, gleich ob diese generell oder individuell seien. Eisenmann (57) kommt zu dem Schluss: Die Maßnahmen der Verwaltung sind derart vielgestaltig, daß sich ein gemeinsames objektives Merkmal für sie alle nicht finden lässt. "Daher kann der Begriff "acte administratif" nur organisatorisch gefasst werden". Weiterer Schluss hieraus sei, daß diese Bezeichnung bei materieller Betrachtungsweise ohne tiefen Erkenntniswert sei.

(56) in *Théorie générale de l'Etat* I S.288 (zitiert bei Laubadère, aaO, S.159)

(57) Rechtsakte - mat.Akte. "Aber auch die Erscheinung der rein tatsächlichen Handlungen kann nicht Grundlage einer Unterscheidung sein, da sich deren Vor-
nahme nicht auf das Verwaltungshandeln allein beschränkt".
(aaO, S.130 f.)

Eine andere Gruppe von Autoren versucht die inhaltliche Abgrenzung der Verwaltungsmassnahmen von Gesetzgebungsakten aus der "Exekutivfunktion" des Verwaltungshandelns zu erklären. Es wird die Meinung vertreten, dass das Verwaltungshandeln charakterisiert sei oder vorzugsweise die Aufgabe habe, vom Gesetzgeber beschlossene Massnahmen durchzuführen; damit wird es auch definiert (58). Heute ist sie jedoch aufgegeben. Der Grund dazu ist die Erkenntnis, dass bei Anwendung der Gesetze die Verwaltung sehr oft eine Initiativ- oder Entscheidungsfreiheit innehat, die es nicht zulässt, ihr Handeln als auf eine bloße Ausführung gesetzgeberischer Massnahmen beschränkt anzusehen (59). Andere sehen den Gedanken der Ausführung des Gesetzes nicht mehr als ausreichend für die Definition des Verwaltungshandelns an, sondern nur noch als dessen Merkmal, genauso wie als Merkmal der Rechtsprechungsfunktion (59a). Laubadère erkennt zwar das Zutreffende dieser Feststellung an, er erachtet sie jedoch nicht als ausreichend zur Rechtfertigung des Gedankens der Exekutivfunktion, weil nicht behauptet werde, die Verwaltung führe einzig und allein Gesetze durch, sondern nur, sie sei durch die Gesetze beschränkt. Andererseits gestatte es dieser untergeordnete Charakter nicht, die Verwaltungs- von der Gesetzgebungsfunktion in den grundsätzlichen Zügen zu trennen, weil ja letztere wiederum von der Verfassung in gleicher Weise abhängig sei (59b).

-
- (58) Berthélemy, aaO S. 1 f., Hauriou, aaO, S. 7 f. und DC, S. 376 f.
Berthélemy, aaO, S. 12, schreibt: ... "mir scheinen Gesetzgeben und Ausführen der Gesetze als zwei selbständige Begriffe ohne Raum für einen Dritten". Hauriou, DC aaO, S. 376 f., unterscheidet ebenso die "Exekutivgewalt" von der "beschließenden Gewalt" und fasst unter der ersten Verwaltung und Rechtsprechung zusammen. In seinem "Droit administratif", aaO, S. 7 f., gibt er der "fonction administrative", dem Verwaltungshandeln, nur insoweit Raum, als es der organisatorischen Trennung der Verwaltung von den Gerichten entspricht. Eigentliche Grundlage der Verwaltungstätigkeit und für sie wesensbestimmend

c) von Rechtsprechungsakten

Die Definition des Rechtsprechungsaktes nach seinen materiellen Elementen führt selbst innerhalb der Schule von Bordeaux zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten.

Lampué (60) hat in einer neueren Untersuchung dargelegt, er sei von anderen Hoheitsakten unterscheidbar

- 1) nach Inhalt und Gegenstand, weil er einen Rechtsstreit entscheide;
- 2) nach seinem Zweck, weil er erlassen werde zur Erhaltung der Rechtsordnung;
- 3) nach seiner Struktur, weil er sich aus einem feststellenden Teil (Feststellung des Übereinstimmens eines Sachverhaltes mit dem Gesetzestatbestand) und einem darauf aufbauenden entscheidenden (Entscheidung über einen Anspruch, der aber mit dem Rechtsprechungsakt selbst nichts zu tun hat) zusammensetze. Die "logische und unlösliche Verbindung" beider Elemente in einem Akt soll dessen Eigenständigkeit ausdrücken. Jedes dieser Elemente für sich alleine reiche jedoch nicht aus, eine selbständige Kategorie von Rechtsakten zu begründen.

Jèze geht von den verschiedenen "rechtlichen Merkmalen" im geltenden Recht aus. Er bezeichnet den Rechtsprechungsakt nach seinen materiellen Elementen als eine "Willensäußerung in Ausübung von Hoheitsgewalt, dessen Gegenstand die Feststellung einer Rechtslage oder von Tatsachen" sei (60a). Wesentlich sei die Feststellungswirkung, je-

ist seiner Auffassung nach der *pouvoir*, der für Verwaltung und Gerichte der gleiche, dem Gesetz untergeordnete *pouvoir exécutif* ist.

(59) Laubadère, aaO, S. 162

(59a) Anm. Vedel in ICP 1954 II 7616

(59b) Laubadère, aaO, S. 162 f.

Auch Duguit (aaO, II. S.400) erkennt das Zutreffende dieser Unterscheidung an; da sie sich aber nur aus dem zu verfolgenden Ziel ergebe, sei sie keine rechtliche Funktion.

Carré de Malberg (aaO) verwendet in Kap. II ebenfalls den Begriff der Exekutivgewalt und fasst in ihm Ver-

doch "ist nicht jede Feststellung als solche ein Rechtsprechungsakt; das ist nur dann der Fall, wenn sie als "formelle Wahrheit" (vérité légale) gilt". Diese beruhe ihrerseits auf der Unbestreitbarkeit, der Endgültigkeit und sodann auf ihren logischen Folgen, dass sie als wahr behandelt werde und vollstreckbar sei (60b). Duez (60c) verbindet alle diese Gesichtspunkte miteinander. Für Bonnard (60d) ist Hauptgedanke die Beendigung eines Prozeßverhältnisses.

Diese Auffassungen werden von den Vertretern der negativen Theorie angegriffen, weil es keinen allgemeinen inhaltlichen Unterschied zwischen Rechtsprechungsakt und Verwaltungsmassnahme gebe (60e). Der Gedanke der unterschiedenen Streitsache entspreche mehr dem Verfahrensbegriff als dem der Rechtsprechung. Eine Definition nach der Aufgabe, im Namen des Staates Recht zu sprechen oder festzustellen, sei ebensowenig möglich. Denn auch auf dem Gebiet der gebundenen Verwaltung müsse häufig vor Ausübung bestimmter Befugnisse ein tatsächlicher oder rechtlicher Zustand festgestellt werden. Bei Steuerbescheiden etwa schließe sich eine Entscheidung an die Feststellung an; zudem äußere die Feststellung keine Rechtswirkungen, somit könne sie logischerweise nicht Charakteristikum einer Gruppe von Rechtsakten sein. Die von Duguit und seinen Schülern vertretene Auffassung beruhe lediglich auf einer Beschreibung der Handlungen, die bis zum Erlass einer Gerichtsentscheidung vorgenommen werden. Qualitative Unterschiede müssten sich in ver-

waltungs- und Rechtsprechungstätigkeit zusammen. Er darf dennoch nicht mit den Vertretern der Theorie von der Exekutivfunktion verwechselt werden, weil für ihn nur formelle Unterscheidungskriterien maßgebend sind (insbes. S. 54, 59), der vorliegende Abschnitt hingegen von den materiellen Kriterien handelt.

- (60) aaO, S. 13, im Anschluss an Duguit, aaO, II S. 156, 312
(60a) aaO, I S. 48
(60b) aaO, I S. 255
(60c) aaO, S. 197 f.
(60d) aaO, S. 66
(60e) Eisenmann, aaO, S. 54

schiedenen Rechtsfolgen oder Rechtswirkungen äussern. Das werde jedoch nicht behauptet. Im geltenden französischen Recht gebe es keinen Satz, der für Akte, in denen eine Entscheidung an eine Feststellung geknüpft ist, besondere Rechtsfolgen bestimme.

Der Gedanke der "formellen Wahrheit" schliesslich sei kein absolutes, sondern ein relatives Merkmal. Das positive Recht betrachte die Einrede der res iudicata nur als fakultatives Sachurteilshindernis, da es nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sei (61). Gegen Bonnard (Beendigung eines Prozessverhältnisses) wird eingewandt, es gebe auch nicht-prozessuale Akte von Gerichten, wie etwa die Kontrollmassnahmen des Rechnungshofes, der allgemein als Rechtsprechungsorgan angesehen werde (61a).

d) von Regierungsakten

Andere materielle Auffassungen vom Verwaltungshandeln beruhen auf der Absonderung einer sogenannten "Regierungsfunktion" von der Verwaltungsfunktion, wodurch letztere inhaltlich eingeengt und zugleich die klassische Dreiteilung der Staatsfunktionen und der hoheitlichen Akte verworfen wird. Ihr Ausgangspunkt ist die abweichende prozessuale Behandlung einer bestimmten Gruppe von Akten, die unzweifelhaft von Organen der Exekutive herrühren, gegen die aber der Conseil d'Etat die Zulässigkeit von Rechtsmitteln verneint hat mit der Begründung, es handele sich um keine Verwaltungsmassnahmen im eigentlichen Sinne, weil ihr Gegenstand verwaltungsfremde Materien seien (61b).

(61) Eisenmann, aaO, S. 74 f.

(61a) Waline, aaO, 4. Aufl., S. 6

(61b) Eisenmann, aaO, S. 120, 124; Virally, RDP, S. 317 f.

Ihre Wirksamkeit ist damit unabhängig von ihrer Ordnungsmässigkeit. Sie können keine Schadensersatzpflicht begründen und unterliegen einer strengeren Injustiziabilität als Gesetze, weil sie nicht einmal von Gerichten ausgelegt werden können (62). Gemeinsames Merkmal aller Theorien über den Regierungsakt ist der Versuch, eine Regel aufzuzeigen, aus der sich die Injustiziabilität ergibt, und das Zusammenfassen aller gerichtsfreien Akte unter einem Begriff.

Eine jetzt nicht mehr vertretene Richtung (63) definierte das Regierungshandeln durch seinen politischen Zweck oder Motiv: damit wurden alle derartigen Akte dem Komplex des Verwaltungshandelns entzogen (*théorie du mobile politique*). Als gesetzliche Grundlage, aus der zum Teil die Rechtfertigung dieser Theorie abgeleitet wurde, suchte man Art. 26 des Gesetzes vom 24.5.1872 heranzuziehen, nach dem "die Minister das Recht haben, von dem Tribunal des conflits solche Streitfälle entscheiden zu lassen, die vor einer Prozessabteilung (des Conseil d'Etat) anhängig wurden und nicht zur Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gehören." Der Conseil d'Etat hat dieses Kriterium bereits 1875 als zur Rechtfertigung der Lehre vom Regierungsakt nicht massgebend aufgegeben (64).

Nach einer anderen Auffassung wird die Bedeutung der erfüllten Aufgaben betrachtet: Regieren besteht im Durchführen bedeutsamer Massnahmen auf wichtigen Gebieten, Verwalten beschränkt sich auf zweitrangige Erfordernisse. Demgemäss unterscheidet Hauriou (64a) den Erlass von Grundsatzverfügungen von deren blosser Ausführung. "Das Verwaltungshandeln besteht vorwiegend darin, die laufenden Angelegenheiten für die Allgemeinheit zu erledigen, das

(62) Eisenmann, aaO, S. 121, Laubadère, aaO, S. 237
Internationale Verträge dürfen zwar ausgelegt werden, weil sie durch die Ratifikation französische Gesetze geworden sind (Waline, aaO, S. 402).

Regierungshandeln in der Lösung außergewöhnlicher Probleme der politischen Einheit oder der Überwachung wichtiger nationaler Interessen". Ebenso Alibert (64b), der diesen Unterschied der Sache und dem Gegenstand nach anerkennt, jedoch auch zugibt, daß sich in der Praxis beide Funktionen z.T. untrennbar vermischen.

Eine andere Richtung wurde von Burdeau (64c) vertreten. Er schlug vor, die klassische Dreiteilung der Staatsfunktionen zu Gunsten einer Zweiteilung in Regierungs- und Verwaltungshandeln aufzugeben. Das Erste müsse die klassische Gesetzgebungs- und einen Teil der Verwaltungsfunktion umfassen. Es bestehe im Entscheiden und erscheine als autonom und eigenständig. Das Verwaltungshandeln umfasse den Rest des überkommenen Begriffs vom Verwaltungshandeln sowie die gesamte Rechtsprechungsfunktion; es bestehe in der Verwirklichung vorausgegangener eigenständiger Maßnahmen und stelle damit eine abgeleitete, sekundäre und untergeordnete Gewalt dar.

Diese Theorien und der Begriff des Regierungshandelns selbst finden heute nur noch wenige Vertreter (65). Nach Laubadère (66) steht die Annahme einer autonomen und homogenen Regierungsfunktion mit dem geltenden französischen Recht nicht im Einklang. Es gebe zwar eine Gruppe sogen. Regierungsakte, die gegenüber den actes administratifs besonderen Rechtsgrundsätzen unterliegen, dies jedoch allein hinsichtlich der Unzulässigkeit prozessualer Beschwerden als Ausnahme vom Grundsatz der Legalität. Alibert (66a) erklärt diese Unter-

(63) Laubadère, aaO, S.161.

(64) CE 19.2.1875, Prince Napoléon, in S.1875.2.95

(64a) aaO, S.15

(64b) aaO, S.18

(64c) in RDP 1945, S.202, zitiert bei Laubadère, aaO, S.162

(65) nach Duez, aaO, S.32, und Laubadère, aaO, S.162, nur noch Burdeau, in RDP 1945, S.202, und Fahre, in RDP 1946, S.252

(66) aaO, S.163 und 236, Waline, aaO, S.187, 193 f.

(66a) aaO, S.72, ebenso Duez, aaO, S.488

scheidung als rein politisch und daher für jegliches juristische Kriterium unzugänglich. Eisenmann (66b) macht die Richtigkeit der Theorie vom Regierungsakt davon abhängig, ob die hierunter verstandenen vielfältigen Aktgruppen ein gemeinsames Kennzeichen haben, das irgendwie mit dem Gedanken "Regierung" zusammenhängt. Zwar sei bei den Akten der Exekutive in ihren Beziehungen zum Parlament oder bei den diplomatischen Akten die Verneinung einer verwaltungsmäßigen Natur begründet (67), nicht aber könne man dies von allen Maßnahmen behaupten, die als gerichtsfrei erklärt werden, wie etwa die militärischen Internmaßnahmen (68) oder die Gnadenakte (69). Das einzige Charakteristikum aller Aktgruppen sei negativer Art; "Man kann daher von nicht-verwaltungsmäßigen Akten der Exekutive sprechen, aber sie bilden keine homogene Gruppe". Die Unangreifbarkeit müsse prozessual erklärt werden (70). Mit diesen Autoren sind sich auch Domédeieu de Vabres (71) und Virally (72) darüber einig, daß man der Tatsache der Existenz der unter Regierungsakten verstandenen Maßnahmen und ihrer Sonderbehandlung mit keiner allumfassenden theoretischen Lösung gerecht werden kann. Daher begnügen auch sie sich mit einer bloßen Aufzählung der hierunter verstandenen gerichtsfreien Akte.

Allgemein zählt man hierzu folgende Gruppen:

- 1) Verfassungsrechtliche Akte, insbes. Maßnahmen betr. die Beziehungen der Exekutive zum Parlament;
- 2) Völkerrechtliche Akte, Akte betr. die internationalen Beziehungen,
- 3) "Souveränitätsakte" (Dekrete über den Belagerungszustand, Kriegshandlungen (73)).

(66b) Hoheitsakt, S. 13 f.

(67) für diese beiden ebenso Virally, RDP, S. 317 f.

(68) über diesen Begriff unten, § 4 a)

(69) Bis zu seinem Urteil vom 28.3.1947, Gombert, in S. 1947.3.89, hat der Conseil d'Etat die Gnadenakte als actes administratifs den Regierungsakten zugeordnet; jetzt bezeichnet er sie als actes judiciaires (s. § 2 e).

Der Problemkomplex des Regierungsaktes hat sich nunmehr nach allgemeiner Auffassung auf prozessuales Gebiet verlagert. "Nur prozessrechtlich betrachtet bilden sie eine Klasse, nicht aber auch ihrem Wesen und ihrer Natur nach". (74).

§ 4. Abgrenzung des Rechtsakts von Tathandlung und innerdienstlicher Weisung

Das Verwaltungshandeln äußert sich - abgesehen von privatrechtlicher Betätigung - in Maßnahmen von verschiedener rechtlicher Qualität. Gemeinhin unterscheidet man Rechtsakte, Tathandlungen (*actes matériels*) und eine Zwischengruppe von vielfach "*mesures d'ordre intérieur*" genannten Akten. Zum Teil wird für sie alle die Bezeichnung "*acte administratif*" als Oberbegriff verwandt (1). In diesem weiteren Sinne bedeutet er also nichts anderes als Akt des in § 2 beschriebenen Verwaltungskörpers, ohne daß eine Aussage über die materiellen Elemente oder die Rechtsnatur gemacht wäre(2).

(70) Eisenmann, aaO, S.126

(71) aaO, S.44: "Die Theorie vom Regierungsakt ist ganz einfach: ihn gibt es nicht".

(72) RDP, S.355 f.

(73) Bonnard, aaO, S.241 f., Duez, aaO, S.490, Alibert, aaO, S.72 f., Donnedieu de Vabres, aaO, S.44, Josse, aaO, S.168 f., Laubadère, aaO, S.237 f., Odent, aaO, S.123 f., Waline, aaO, S.187 f.
Zwei Kategorien von Akten, die man früher ebenfalls wegen ihrer Injustiziabilität den Regierungsakten zugerechnet hatte, bezeichnet man jetzt ihrer wahren Natur entsprechend als parlamentarische Akte, bzw. als Internmaßnahmen (s. § 2 c und § 4 c).

(74) Eisenmann, Hoheitsakt, S.27, Virally, aaO, no.41

a) der Rechtsakt

Die begriffliche Zweckfunktion des Rechtsaktes liegt im französischen Verwaltungsrecht genauso wie im deutschen vorwiegend im prozessualen Bereich. Es werden damit die gerichtlich anfechtbaren Maßnahmen von den übrigen getrennt. Die Terminologie zur Bezeichnung dieser Rechtsakte ist allerdings uneinheitlich. Dort, wo "acte administratif" Oberbegriff für alle Arten von Verwaltungsmassnahmen ist, wird der Rechtsakt "décision" oder "décision exécutoire" genannt (2a). Für die gleichen Akte findet aber auch die Bezeichnung "acte administratif" in der speziellen Bedeutung eines Rechtsaktes Anwendung (2b).

Die von der französischen Rechtsprechung verwandte Terminologie ist wenig einheitlich. Im allgemeinen bezeichnet sie als acte administratif einen Akt, der von einer Verwaltungsbehörde herrührt oder zumindest von einem Rechtssubjekt, das Hoheitsrechte der Verwaltung ausübt, wie

-
- (1) Bonnard, aaO, S. 61, Alibert, aaO, S. 85 f., Laubadère, aaO, S. 166 f., Rolland, aaO, S. 45, Duguit, aaO, I S. 232, 289.
- (2) Besonders scharf trennt Laubadère die theoretische Frage nach der Rechtsnatur von der prozessualen der Anfechtbarkeit.
- (2a) Duguit, Etat, Bd. I S. 412 f., Alibert, aaO, S. 85 f., Rolland, aaO, S. 48; auch Hauriou, aaO, S. 354, und Quermone, aaO, no. 3, verwenden diesen gleichen Begriff, obwohl sie keinen acte administratif im weiten Sinne kennen. Es finden sich aber auch die Bezeichnung acte administratif juridique (Bonnard, aaO, S. 240) oder décision administrative (Laubadère, aaO, S. 173).
- (2b) Duez, aaO, S. 249, 341 und Waline, aaO, S. 382, 446, 452 (bei ihnen wird die prozessuale Betrachtungsweise durch die Einordnung der Erörterung des acte administratif in das Kapitel "Streitverfahren" besonders betont); Hauriou, aaO, S. 356, Josse, aaO, S. 168 f., Liet-Veaux, aaO, no. 7, Virally, aaO, no. 5, no. 49.

beliehene Privatunternehmen (3). Dieser Begriff soll den Unterschied ausdrücken zwischen Akten der Verwaltung und Akten anderer Hoheitsträger bzw. von Nicht-Hoheitsträgern (3a). Handelt es sich um die Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen Akt der Verwaltung, dann untersucht der Conseil d'Etat, ob eine "décision faisant grief" (3b) oder ein Akt vorliegt, der zur "catégorie des actes administratifs qui peuvent être déferés au Conseil d'Etat" gehört. Die Klage weist er ab, wenn es sich handelt um "mesures n'ayant pas le caractère d'actes administratifs susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat statuant au contentieux" (3c). Damit bezeichnet er aber sowohl Akte, denen überhaupt jegliche Rechtswirkung fehlt, als auch solche, die im konkreten Fall nicht beschweren (qui ne sont pas susceptibles de léser les intéressés) (3d).

Diese Situation lässt sich wohl daraus erklären, daß in der Ord. vom 31. Juli 1945 über die Zuständigkeit des Conseil d'Etat keine Bestimmung besondere Folgen an einen Rechtsakt knüpft und es damit den Verwaltungs-

(3) LWB, aaO, S. 231

(3a) CE 31.7.1942, Monpeurt, in D 1942 J 138; TC 30.10.1947 Barinstein, in RCE S. 511; CE 17.3.1949, soc. "Hôtel du Vieux-Beffroi", in RCE S. 592

(3b) CE 23.3.1945, Thomas Jules, in S 1946.3.13; 25.6.1948, Soc. du Journal "L'Aurore", in S 1948.3.69: "... la disposition .. fait par elle-même grief."

(3c) CE 29.1.1954, institution Nôtre-Dame du Kreisker, in S 1954.3.24

(3d) Liet-Veaux, RA S.384

Auch in der französischen Lehre werden diese beiden Fragen vielfach nicht auseinander gehalten. Das folgt aus der für das französische Verwaltungsrecht typischen Methode der Darstellung des acte administratif aus prozessualer Sicht als Unterabschnitt der "Anfechtungsklage". Daher kommt es, daß auch viele Autoren nicht die Rechtsnatur der decision exécutoire an sich behandeln (anders z.B. Forsthoff, aaO, § 11; Obermayer, aaO, S. 69: "...der VA ist ein Rechtsakt..."), sondern einzig als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsklage die Frage, welche Akte den von ihnen betroffenen Personenkreis beeinträchtigen oder beschweren (so Alibert, aaO, S. 85, Liet-Veaux, RA S. 384, Waline, aaO, S. 146 - anders aber immerhin

gerichten überlassen ist, durch die Entwicklung von Zulässigkeitsvoraussetzungen die Klagemöglichkeiten einzuschränken (4).

Trotz unterschiedlicher Terminologie treffen sich alle französischen Autoren sachlich wieder bei der Behandlung der gleichen Gruppe von Akten der Verwaltung, den "einseitigen, rein verwaltungsmässigen Rechtsakten", die als "französischer Verwaltungsakt" bezeichnet werden können. Der hierunter verstandene Akt wird folgendermassen umschrieben:

Eisenmann (4a): Der acte administratif unilatéral ist ein einseitiger, rein verwaltungsmässiger Rechtsakt.

Laubadère (4b): Die décision administrative unilatérale ist ein einseitiger Rechtsakt der Verwaltung.

Liet-Veaux (4c): Soweit er eine Rechtsquelle darstellt, ist acte administratif jeder Akt eines Verwaltungsbeamten in Ausübung von nicht-rechtsprechenden Aufgaben, ausser privatrechtlichen Handlungen.

Quermonne (4d): Décision exécutoire ist eine endgültige und rechtserhebliche Massnahme einer Verwaltungsbehörde oder ein Akt allgemeiner oder individueller Reichweite von normativem Charakter, geeignet, die bestehenden Rechtsgebote zu ändern.

Rolland (4e): Décision exécutoire ist ein Rechtsakt eines Verwaltungsorgans, das in Ausübung seiner Aufgaben tätig wird.

Virally (5): Acte administratif ist ein einseitiger Rechtsakt, ausgesprochen von einer französischen Verwaltungsbehörde in Ausübung einer Amtspflicht, der für

(4) Bonnard, aaO, S. 241, und Hauriou, aaO, S. 390: anfechtbar sind nur actes admin. juridiques). Bei Rücknahme und Widerruf ist der "rechtschöpfende Akt" von Bedeutung, weil sich Möglichkeit und Umfang danach richten. Aber auch hier wird ein weiter Begriff i.S. von "begünstigendem oder gewährendem Akt" gebraucht (Dupeyroux, aaO, S. 255; der Conseil d'Etat spricht in diesem Zusammenhang von einer "décision ayant créé des droits": 3.11.1922, Cachet, i.D 1925.3.9)

den einzelnen Rechte oder Pflichten begründet.

Waline (5a): Der acte administratif unilatéral ist ein Rechtsakt einer Verwaltungsbehörde mit verwaltungsmäßigem Gegenstand.

Nach nunmehr einhelliger Ansicht gehören hierzu nicht nur Akte, die Rechtsregeln beinhalten oder Rechtslagen von einzelnen abändern, sondern auch solche, die den Status der Beamten oder der Benutzer öffentlicher Anstalten betreffen (5b). Als VA angreifbar ist in Frankreich jede décision, jeder Rechtsakt, gleich ob er ergeht im sog. Außenverhältnis der Hoheitsverwaltung oder innerhalb eines besonderen Gewaltverhältnisses im innerdienstlichen Bereich. Über Rechtsnatur und Angreifbarkeit entscheiden nicht die persönlichen Beziehungen des Betroffenen zur Verwaltung, sondern das innere Wesen des betreffenden Aktes (5c).

Als rechtlich betroffener oder angesprochener Personenkreis kommen in Frage natürliche und juristische Personen des Privatrechts, bei Akten der Zentralverwaltungsbehörden auch die dezentralisierten Verwaltungskörper mit eigener Rechtspersönlichkeit (5d), die collectivités administratives secondaires. "Das ist die Folgerung aus der Dezentralisierung und der hierdurch verliehenen Selbständigkeit" (5e).

(4a) aaO, S. 178

(4b) aus seiner Gesamtkonzeption

(4c) aaO, no. 1 ff.

(4d) aaO, no. 3

(4e) aaO, S. 45

(5) aaO, no. 7

(5a) aaO, S. 382

(5b) Charlier, aaO, no. 5, 27 f., Laubadère, aaO, S. 168, Virally, aaO, no. 50, Waline, aaO, S. 447, 452

(5c) Charlier, aaO, no. 5; für das deutsche Recht ebenso Obermayer, aaO, S. 164

(5d) Alibert, aaO, S. 121

(5e) z.B. CE 24.7.1903, Commune de Masset, RCE S. 556

Wenn bis in neuere Zeit hinein der Begriff *décision*, verstanden als Rechtsakt, noch eng gefasst wurde (6) als Akt, der unmittelbare und sofortige rechtliche Wirkungen in der Rechtslage eines Dritten hervorbringt, so hat die neuere Rechtsprechung des Conseil d'Etat zu einer Ausweitung und Aufweichung dieses ursprünglichen Begriffs geführt. Er fasst heute den Begriff der *décision* oder des Rechtsaktes in einem weiteren Sinne, verstanden als "acte susceptible de léser les intéressés" (7) oder als "*décision faisant grief*" (8). Unter diesen weiten Begriff fallen bereits solche Akte, die in hohem Maße den Inhalt einer zukünftigen Verwaltungsentscheidung vorweg nehmen, "sie mit hinreichender Sicherheit schon voraus bestimmen" (9), wie z.B. ein Großteil der *circulaires*, *instructions de service* und des *actes préparatoires* (10). Diese Tendenz wird offenbar bei der ständigen Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeit gegen die sogen. *mesures d'ordre intérieur* (10a). Insbesondere Huet (11) hat diese Folgerung auf den Begriff vom Rechtsakt aus den neueren Urteilen des Conseil d'Etat gezogen.

Seine Ergebnisse wurden, soweit ersichtlich, nirgends verworfen und auch nicht dargelegt, worin sich die *décision faisant grief* von einer *décision exécutoire* oder *décision susceptible de créer des droits* (Rechtsakt im eigentlichen Sinne, Akt mit unmittelbaren Rechtswirkungen) unterscheidet. Das legt den Schluss nahe, daß beiden Termini in diesem Bereich gleicher

-
- (6) Huet, Anm. in S.1947.3.6, Bonnard, aa⁰, S.29, Hauriou, aa⁰, S.360; Huet mit Bezug auf Laferrière, *Traité de la juridiction admin.* 2.Aufl. Bd.2 S.427
 - (7) Liet-Veaux, RA S.384
 - (8) CE in st.Rspr.; z.B. 23.3.1945, Thomas Jules, in S.1946.3.13 6.7.1956.
Fédération départementale .., in RDP 1956 S.1362.
 - (9) Charlier, aa⁰, no. 20 f..
 - (10) Über diese Begriffe § 4 c)
 - (10a) innerdienstl. Maßnahmen, auch hierüber § 4 e).
 - (11) Anm. in S.1947.3.7.

Aussagewert zukommt (12). Aus der Tatsache, daß beide Begriffe gebraucht werden, könnte allerdings auch entnommen werden, daß die *décision faisant grief* zwar die belastenden Rechtsakte umfasst, sich aber nicht in deren Bezeichnung erschöpft, sondern darüber hinaus noch eine Reihe von Nicht-Rechtsakten kennzeichnet, daß also der "anfechtbare Verwaltungsakt" teils weiter ist als der "Rechtsakt der Verwaltung". Unter diesen Umständen würde der Rechtsakt im herkömmlichen Sinne jedoch seiner Zweckfunktion nicht mehr gerecht werden können (13). Die Bezeichnung *décision faisant grief* umfasst denjenigen Teil der *actes administratifs*, die anfechtbar, weil beschwerend sind (14). Diesen Zweck kann sie nur dann auch jetzt noch erfüllen, wenn man den engen Begriff vom Rechtsakt aufgegeben hat und wenn die *décision faisant grief* in keiner Beziehung weiter verstanden wird als der Begriff "Rechtsakt."

-
- (12) Innerhalb der *théorie des retraits* hat der Begriff der "*décision ayant créé des droits*" die Bedeutung eines begünstigenden oder gewährenden Aktes. Die durch ihn erworbenen "Rechte" (*droits acquis*) gehen über subj. Rechte oder subj. Rechtslagen hinaus.
- (13) Laubadère, aaO, S.164: "Die Unterscheidung zwischen Rechtsakten und anderen hat vornehmlich den Zweck, die Anfechtbarkeit auf die *actes faisant grief* zu begrenzen".
- (14) Hauriou, aaO, S.390, Laubadère, aaO, S.167, 364; Levantal, aaO, S.104 setzt dagegen die *décisions faisant grief* mit den Rechtsakten im engeren Sinne gleich. Die Tendenz der Rechtsprechung mit ihrer Ausdehnung der Anfechtungsmöglichkeit erklärt er damit, daß diese ausgedehnt sei auf drohende und inhaltlich bereits festgelegte echte Rechtsakte und deren Erlass vereiteln solle. Dieser Gedanke einer vorbeugenden Klageerhebung wird offenbar sonst nirgends vertreten. Tricot, *concl.* zu CE 20.1.1954, *Institution Notre - Dame du Kreisker*, in LWB, aaO, S.377 f., hat ausdrücklich davon gesprochen, es handle sich darum, die *circulaires* (kein Rechtsakt im engen Sinne) in den Begriff vom *acte administratif* einzubeziehen; eine neue vorbeugende Klagemöglichkeit solle also nicht eröffnet werden.

Die Erklärung dafür, weshalb nicht zahlreichere Stellungnahmen zu diesen Fragen vorliegen, kann wohl darin gefunden werden, daß der acte administratif von den französischen Autoren vorwiegend innerhalb des Verwaltungsgerichtlichen Verfahrens oder unter dem Gesichtspunkt der Anfechtungsklage behandelt wird (15) und bei diesen rein auf die Praxis ausgerichteten Darstellungen nur die Zulässigkeit und Begründetheit einer Anfechtungsklage gegen actes administratifs erörtert werden. Dazu reicht es allerdings aus, sich allein mit den décisions faisant grief, den beschwerenden Akten, zu befassen, ohne auf deren allgemeine Rechtsnatur einzugehen.

Gegenüber dem deutschen Verwaltungsrecht liegt hierin eine auffallende Abweichung, weil man bei uns nur den engen Begriff vom Rechtsakt verwendet. In diesem engen Sinne verstanden, muss die rechtliche Wirkung unmittelbare und direkte Folge des Aktes sein (15a). Wenn auch in Deutschland mit der Tendenz zur Ausweitung des Rechtsschutzes das Vorliegen einer unmittelbaren Rechtswirkung ausdehnend bejaht wird (15b), so reicht eine nur mittelbare Rechtswirkung allgemein nicht zur Einstufung unter die Rechtsakte.

Ist in Frankreich ein Akt einmal als décision faisant grief, als Rechtsakt im weiteren Sinne erkannt, dann ist damit zugleich auch die Anfechtbarkeit bejaht. Eine Unterscheidung zwischen Verwaltungsakt und innerdienstlichem Rechtsakt wird nicht getroffen. Es gibt nur actes administratifs im Gegensatz zu mesures d'ordre intérieur, die unanfechtbar sind, weil sie keine décisions faisant grief darstellen. Anders im deutschen Verwaltungsrecht; Obermayer (15c) schreibt:

-
- (15) so z.B. Odent, Rolland, Waline
(15a) Obermayer, aaO, S. 71;
(15b) Obermayer, aaO, S. 125 f.; Ule, Verwaltungsprozessrecht, aaO, S. 88-103
(15c) aaO, S. 123

"Die Tatsache, daß ein Hoheitsakt einen innerdienstlichen Rechtsakt darstellt, besagt noch nichts über die Möglichkeit einer richterlichen Nachprüfung". Verwaltungsakt und innerdienstliche Maßnahme liegen auf verschiedenen Begriffsebenen. Deshalb bedarf es der Klärung der Frage, wann eine innerdienstliche Maßnahme zugleich Verwaltungsakt ist. In Frankreich sind *décision* und *mesure d'ordre intérieur* ein Gegensatzpaar. Sobald eine innerdienstliche Maßnahme sich als *décision* faisant grief darstellt, wird sie als *décision* behandelt, unabhängig von ihrer äußeren Charakterisierung durch Form, Bezeichnung oder Gegenstand als "*d'ordre intérieur*". Bei einer *décision* steht eine etwaige interne Natur nicht mehr in Frage, weil sie als *décision* ja gerade den Internbereich überragt. Daher ist in Frankreich die Frage nicht aktuell, inwieweit eine Parallelität der Begriffe vorliegen kann.

Eine weitere hervorstechende Abweichung von dem deutschen VA beruht darauf, daß der französische Begriff nicht nur die einen Einzelfall regelnden Akte bezeichnet, sondern auch diejenigen, die wegen ihres allgemeinen Inhalts den deutschen Verordnungen gleichgestellt werden können. Diese begriffliche Zusammenfassung mit teilweiser Gleichschaltung der individuellen Akte mit den *règlements administratifs* beruht darauf, daß beide prozessual weitgehend gleich behandelt werden (15d). Denn entsprechend Art. 32 der Ord. v.31.7.1945 ist die Anfechtungsklage möglich ohne Rücksicht auf den individuellen oder generellen Inhalt eines Aktes: anfechtbar sind die *décisions* der

(15d) Bonnard, aaO, S.61, Eisenmann, aaO, S.165, Laubadère, aaO, S.166, Rolland, aaO, S.48, Virally, aaO, no. 62, Waline, aaO, 6. Aufl. S.424

verschiedenen Verwaltungsbehörden (16). Genauso wie der deutsche Begriff hat auch der französische vorwiegend prozessuale Zweckfunktionen zu erfüllen und diejenige Gruppe von Akten der Verwaltung zu bezeichnen, gegen die eine Anfechtungsklage möglich ist. Diese Aufgabe erfüllt der im Verhältnis zum deutschen VA weite Begriff des französischen, weil eben insofern die einen Einzelfall regelnden Maßnahmen nicht von den Akten allgemeinen Inhalts getrennt werden müssen (17). Aus diesen Gründen ist der Begriff des acte réglementaire bzw. des règlement administratif, was dasselbe ist, definiert als "Akt, der keinen Adressaten bezeichnet und nur ganz allgemein seinen Gegenstand umschreibt", für das französische Recht nicht von ähnlicher Bedeutung wie die Rechtsverordnung für das deutsche. Immerhin spielt aber auch er eine gewisse Rolle (18).

Als praktische Gesichtspunkte einer Unterscheidung zwischen actes administratifs individuels und actes ad-

-
- (16) Laubadère, aaO, S.360, Lücking, aaO, S.67, Waline, aaO, 6. Aufl. S.421
- (17) Hauriou, aaO, S.354: "Der acte administratif, verstanden als einseitiger Rechtsakt und vollstreckbare Verfügung, ist eine typische Erscheinung rechtsstaatlichen Denkens. Seine Bedeutung ergibt sich aus dem Grundsatz der Legalität des Verwaltungshandelns. Eine Willensäußerung muss im voraus aussprechen, daß ein bestimmter konkreter Fall unter eine gesetzliche Bestimmung falle und daß die Verwaltung folglich von ihren Befugnissen Gebrauch mache. Die décision exécutoire ist damit ein elementares Zwischenglied zwischen Gesetz und tatsächlicher Ausführungshandlung (unter Einschränkung derjenigen Fälle, in denen das allgemeine Interesse ein sofortiges Einschreiten verlangt)".
- (18) Definition von Donnedieu de Vabres, in D 1955 J.49, concl. zu CE 25.6.1954, Syndicat national etc.: "ne désignant aucune personne, ni aucune entreprise et concernant de façon très générale l'objet visé".

ministratifs réglementaires kommen in Frage (19) die Zuständigkeit zur Interpretation (20), die zur Kundmachung erforderliche Form (21) und die Aufhebbarkeit (22); schließlich muss eine Behörde entsprechend dem Grundsatz "legem patere quam fecisti" beim Erlaß von Einzelmaßnahmen die im gleichen Sachbereich ergangenen règlements administratifs beachten (23).

Bei der Abgrenzung zwischen individuellen und allgemeinen actes administratifs zählt man in Frankreich entsprechend den deutschen Allgemeinverfügungen die sogen. actes collectifs (24) zu den Einzelmaßnahmen. Das sind Akte, wie Virally ausführt, die an mehrere namentlich bezeichnete Personen gerichtet sind oder an einen namentlich bestimmbaren Personenkreis. Beförderungen, Ernennungen und Dekrete zur Verleihung von Auszeichnungen etwa richten sich an eine ganze Reihe von Begünstigten, die einzeln oder als Gruppe in den acte administratif selbst aufgenommen sind. Ein règlement administratif enthält demgegenüber allgemeine und unpersönliche Anordnungen (dispositions).

(19) so Virally, aaO, no. 63

(20) Im Unterschied zu einer bloßen Anwendung eines acte clair, eines Aktes eindeutigen Inhaltes: TC 10.2.1949, Roubaud, in RCE S.591. Das Gesetz hat zu dieser Frage keine Stellung genommen. Der TC hat aber (15.6.1923, Septfonds, in D 1924.3.41) aus der mat. Ähnlichkeit des règlement administratif mit einem Gesetz i. form. S. gefolgert, daß die Zuständigkeit "en matière d'interprétation" für beide dieselbe sein müsse. Jedes Auslegungsproblem bezüglich eines acte administratif individuel gehöre dagegen als präjudizielle Frage allein vor die Verwaltungsgerichte.

(21) Mitteilung an namentlich bezeichnete oder bestimmte Personen, Veröffentlichung bei unbestimmtem oder nicht bestimmtem Personenkreis.

(22) Nur individuelle Akte können "rechtsschöpfend" sein, damit unabänderlich und unaufhebbar werden.

(23) CE 25.6.1954, Syndicat national de la meunerie à seigle, in D 1955 J 49.

(24) Virally, aaO, no. 62, und Laubadère, aaO, S.166, verwenden den gleichen Begriff für Akte von Kollegialorganen, die durch gleichgerichtete Willensäußerung zustande kommen.

Er wendet sich an einen Personenkreis, der erst mittels individueller Maßnahmen bestimmt wird (25). Donnedieu de Vabres (26) nennt einen Akt *règlement administratif*, wenn er keinen Begünstigten oder Betroffenen bezeichnet und auf sehr allgemeine Art seinen Gegenstand regelt. Er fasst also das Fehlen sowohl der subjektiven als auch der objektiven Individualität als Wesensmerkmal auf, hier "den unbestimmten Fall" und die "unbestimmte Person".

Charakteristisch für die Rechtsakte ist eine besondere Qualität ihres Urhebers. Sie rühren her von Verwaltungsstellen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis, kraft deren sie Rechtsakte zu erlassen vermögen (27). Im Rahmen der staatlichen Zentralverwaltung sind dies der Staatspräsident, der Präsident des Rates (28), die Minister, Staatssekretäre, Präfekten, Unterpräfekten. Für die Departements sind es lediglich der Generalrat, der Departements-Ausschuss und der Präfekt, für die Gemeinden ihre Bürgermeister, Beigeordneten, der Stadtrat oder einzelne Mitglieder. In der mittelbaren Staatsverwaltung sind es die jeweiligen Verwaltungsausschüsse. Originäre sachliche Zuständigkeit zum Erlass von Rechtsakten hat also nur ein eng begrenzter Personenkreis. Da dieser nicht alle Funktionen selbst wahrnehmen kann, wird es in grossem Masse zugelassen, daß die Entscheidungsbefugnis delegiert werden darf (28a).

-
- (25) CE 17.6.1955, ministre de l'Industrie., in RCE S. 339
(26) concl. zu CE 25.6.1954, Syndicat national., in D 1955 J 50
(27) Alibert, aaO, S. 62 f., Virally, aaO, no. 9, Waline, aaO, S. 382
(28) bis zum Ende der 4. Republik
(28a) Dieser Fragenkreis spielt daher auch eine ganz besondere Rolle; vgl. Teil II, § 3c).

Einteilungsgesichtspunkte der Rechtsakte:

1) nach dem Inhalt

Die bereits oben dargelegte materielle Einteilungsmethode der Schule von Bordeaux unterscheidet die actes règle (als actes réglementaires), die actes subjectif (als actes individuels) und die actes condition als eine Gruppe von möglicherweise allgemeiner oder besonderer rechtlicher Reichweite. Diese Begriffe sind bereits hinreichend beschrieben (29).

2) nach der Art des Zustandekommens

Unabhängig von dieser Einteilung nach der Art der Rechtswirkung läuft eine formelle nach der Art des Zustandekommens (29a). Danach können acte règle, acte condition und acte subjectif erlassen werden als einseitige Akte (~~actes~~ unilatéraux) oder als mehrseitige Akte (actes bilatéraux oder plurilatéraux) in der Form eines acte conventionnel durch sich ergänzende Willensäußerungen (29b) sowie in der Form eines acte collectif durch gleichgerichtete Willensäußerung, insbesondere von Kollegialorganen (29c).

Über den Vorgang der Beamtenernennung haben sich verschiedene Meinungen gebildet. Auch in Frankreich wird die Tatsache beachtet, daß der ernannte Beamte durch einen Willensakt an seiner Ernennung beteiligt ist (29d). Diese Beteiligung äußert sich indes nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat auf eine nicht mit der in Deutschland

(29) vgl. § 3 b).

(29a) Bonnard, aaO, S.34

(29b) so bei Verträgen, die jedoch hier nicht erörtert werden.

(29c) Virally (aaO, no. 62) bezeichnet die Allgemeinverfügung ebenso.

"Acte collectif" in dem hier verwandten Sinne bei Bonnard, aaO, S.34, Laubadère, aaO, S.166.

(29d) Bonnard, aaO, S.54.

bestehenden Rechtslage vergleichbaren Weise (30).

Die ältere französische Lehre ist zum Teil davon ausgegangen, das Beamtenverhältnis werde durch Vertrag begründet; und in ihr bestanden Meinungsverschiedenheiten, ob es privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur sei (30a). Heute sind die Vertragstheorien aufgegeben, und auch der Gesetzgeber hat sich 1941 und 1943 eindeutig gegen sie ausgesprochen (30b), und es wird zum Teil die Beamtenernennung nunmehr als einseitiger Akt aufgefasst (31).

-
- (30) Eine gesetzliche Definition des Beamten, des fonctionnaire, gibt es nicht, wenn auch das Gesetz vom 19.10.1946 in Artikel 1 bei der Bezeichnung der Personen, auf die es anwendbar ist, einen Großteil der "Beamten" umschreibt. Rolland (aaO, S.70) gibt entsprechend der französischen herrschenden Meinung und Rechtsprechung folgende Definition: Est fonctionnaire toute personne investie par une autorité compétente d'un emploi permanent ou ayant un certain caractère de permanence dans les cadres organisés pour le fonctionnement des services publics en régie directe (etwa: Beamter ist jede Person, die von einer zuständigen Behörde mit einer ständigen Tätigkeit oder einer Tätigkeit von einer gewissen Beständigkeit im Rahmen der "unmittelbaren Hoheitsverwaltung" betraut ist). Laubadère (aaO, S.666) unterscheidet folgende Arten von Beamten:
- 1) fonctionnaires de type normal, entsprechend dem in Gesetz und VO festgelegten Status;
 - 2) fonctionnaires contractuels, Beamte auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, echte Beamte im staatsrechtlichen Sinne;
 - 3) agents, bei einer öffentlichen Verwaltung auf Grund privatrechtlichen Vertrages angestellte Personen;
 - 4) agents, die zwar auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in der Verwaltung tätig sind, aber nicht fonctionnaires sind, weil ihre Tätigkeit nicht ständig ist (interimaires, auxiliaires, stagiaires, requis).
- (30a) Rolland, aaO, S.71; Duguit, DC 3.Aufl., III S.131 f., verlangte außerdem, daß bei der Begründung des Beamtenverhältnisses zur Willensübereinstimmung noch die tatsächliche Annahme (installation) der Einsetzung (investiture) hinzutreten müsse.
- (30b) Bonnard, aaO, S.451, Laubadère, aaO, S.664, Rolland, aaO, S.72, Waline, aaO, S.755.

Bonnard fasst die Ernennung materiell als *acte condition* (31a), weil mit ihr der Beamte in eine bereits vorher genau umrissene Rechtslage eingesetzt wird, und formell als "*acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire*" (31b). Einseitig müsse er sein, weil der Conseil d'Etat wiederholt ausgesprochen habe, daß der Beamte mit der Kundmachung seiner Ernennung unabhängig von deren Annahme in sein Amt eingesetzt ist (32). Die einmal erfolgte Ernennung kann nur noch in den gesetzlich vorgesehenen Fällen bei Illegalität zurückgenommen werden (32a). Diese Grundsätze schließen nach seiner Auffassung den Gedanken einer Willensübereinstimmung aus. Der Ernennung wird indes ihr streng einseitiger Charakter genommen, weil die Zurückweisung der Ernennung durch den Ernannten zwar zeitweilig als Entlassungsgesuch, nunmehr als reine und bloße Verweigerung aufgefaßt wird, die von sich aus die Ernennung zu Fall bringt (32b). Bonnard glaubt, diese Entscheidungen des Conseil d'Etat systematisch nur so erklären zu können, daß man die Zurückweisung der Ernennung als auflösende Bedingung auffasst (33).

-
- (31) Bonnard, aaO, S.451, Laubadère, aaO, S.644; Rolland, aaO, S.72 f., behandelt ihn als *acte plurilatéral* (mehrseitigen Akt).
(31a) über diesen Begriff vgl. I § 3 b)
(31b) Bonnard, aaO, S.450 f., Laubadère, aaO, S.665 (= auflösend bedingter einseitiger Akt).
(32) CE 13.1.1911, Picquet, in RCE S.13; 22.12.1924, Castelli, in RCE S.31
(32a) Waline, aaO, S. 767
(32b) CE 20.2.1924, Brandstetter, in RCE S. 194
(33) ebenso Laubadère, aaO, S.665
Neben diesem Regelfall der Begründung eines Beamtenverhältnisses hat der Conseil d'Etat (16.7.1920, Chirac, in RDP 1920 S.532) für bestimmte Fälle die Möglichkeit einer Begründung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag anerkannt, wenn bei der Ernennung besondere persönliche Vereinbarungen getroffen werden in Abweichung oder in Ergänzung des allgemein festgelegten Status und wenn die Verwaltung bei Vertragsschluß keine Garantien über die Vertragserneuerung nach Ablauf seiner Wirksamkeit übernommen hat. Das trifft zu insbesondere bei den freiwilligen Soldaten (*militaires engagés*). Waline (aaO, S. 756) folgert aus Artikel 5 des Gesetzes vom 19.10.1946, wo von der "*situation statutaire et réglementaire*" der Be-

Rolland (33a) spricht hingegen von einem acte plurilatéral, weil der Beamte selbst durch Bewerbung, Annahme der Ernennung oder Wahl, an der Begründung seines Beamtenverhältnisses beteiligt sei, ohne jedoch durch eigenen Willensakt auf den Inhalt seiner Rechtslage einwirken zu können. Damit ist seine Konzeption der deutschen verwandt.

3) nach der inneren Struktur

Der Gesichtspunkt der Einteilung nach der inneren Struktur führt zur Unterscheidung zwischen einfachen und zusammengesetzten Akten (34). Der zusammengesetzte Akt enthält mehrere Phasen, an denen verschiedene Verwaltungsbehörden beteiligt sind. Darunter fallen: règlements administratifs auf Grund Gutachtens (avis) eines Ausschusses (conseil), das Enteignungsverfahren, das Verfahren zur öffentlichen Versteigerung, die Entscheidung einer lokalen Behörde, die eine Entscheidung der Aufsichtsbehörde mit-enthält. Das vorwiegende Interesse an dieser Unterscheidung besteht darin, dass das französische Recht sehr weitgehend eine Aufgliederung des zusammengesetzten Handelns zulässt, insbesondere bei Beschwerde und Anfechtungsklage gegen Teilstücke einer solchen Kette (35).

4) nach dem Urheber

Virally (35a) trennt die actes administratifs nach dem Urheber wegen der Bedeutung für deren Rangordnung, die in großen Zügen davon abhängt, ohne jedoch streng der Rangstufung in der Verwaltung zu entsprechen. Deswegen

amten die Rede ist, dass diese "Vertragsbeamten" nicht Beamte im eigentlichen Sinne sein können.

(33a) aaO, S.73

(34) Laubadère, aaO, S.167.

(35) Grundsatzentscheidung: CE 4.8.1905, Martin, in RCE S.749.

(35a) aaO, no.64 f.

sind bei ministeriellen *arrêtés* (36) die Grundsätze betreffend die *décrets* (37) zu beachten, trotz Fehlens einer rangmäßigen Unterordnung der Minister unter den Präsidenten des Rates. Das gleiche gilt für die *arrêtés municipaux*, welche die *règlements administratifs* der staatlichen Behörden beachten müssen. Ein interministerieller *règlement administratif* kann nicht durch ministerielle *arrêtés* abgeändert werden, ohne daß hier ein Problem der Rangordnung entsteht. Schließlich können die Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden nicht in gesetzliche Zuständigkeiten einer untergebenen Stelle eingreifen. Diese Rangordnung der *actes administratifs* gilt unabhängig von der Form des Aktes, selbst wenn er im Wege eines Rundschreibens (*circulaire*) oder einer einfachen *décision* ergeht. Zwischen den Akten der gleichen Behörde kann ebenfalls eine Rangordnung bestehen, je nach der Form, in der sie ergangen sind, sofern diese an eine besondere Verfahrensart gebunden ist. Das gilt insbesondere für die Dekrete. Dabei unterscheidet Virally folgende Gruppen:

- a) *décrets* (38),
 - b) *arrêtés ministériels* et *interministériels*,
 - c) *arrêtés préfectoraux* et *municipaux*,
 - d) *délibérations* (Beschlüsse von dezentralisierten Verwaltungsversammlungen).
- 5) Eine Einteilung in Ermessensakte und andere ist fallengelassen worden (39). Die Rechtsprechung hatte

-
- (36) Rolland, aaO, S.170: *arrêté* heißen die *décisions* der Minister.
 - (37) Waline, aaO, S.158: *décrets* sind *décisions*, die vom Staatsoberhaupt oder vom Präsidenten des Rates erlassen werden.
 - (38) dazu gehören: *règlements d'administration publique*, *décrets en conseil des ministres*, *décrets en Conseil d'Etat*, *décrets simples*.
 - (39) Alibert, aaO, S.83, Virally, aaO, no.61.

sie schon immer abgelehnt und die Lehre gab sie auf, als erkannt wurde, daß die Ermessensbeurteilung nie gänzlich verschwindet, wenn sie auch von wechselnder Intensität ist. Diese Einteilung hat nunmehr auch deswegen ihre Berechtigung verloren, weil mit der Ausbildung des *détournement de pouvoir* als Aufhebungsgrund von *actes administratifs* klar wurde, daß die Verwaltung auch dort nicht mehr von jeglicher gerichtlichen Kontrolle frei ist, wo ihr ein Beurteilungsspielraum zu steht (40).

b) Die Tathandlung

Für *actes matériels* (41), wie der Bau oder das Abreißen eines Hauses, Nachforschungen, Dienst- oder Sachleistungen und ähnliche Tätigkeiten, sind die Grundsätze über Rechtsakte bezüglich ihrer Wirkung und gerichtlichen Nachprüfung unmöglich anwendbar, weil sie keine Verhaltensmaßstäbe vorzeichnen. Eine Aufhebung im eigentlichen Sinne kann bei ihnen nicht stattfinden. Ihre Wirkung besteht im rein tatsächlichen und sinnlich wahrnehmbaren Bereich und entsprechend ihrer Natur unterliegen sie einer Nachprüfung durch die ordentlichen Gerichte nur im Rahmen von Schadensersatzprozessen (42).

Gerade sie sind nach allgemeiner Ansicht für die Verwaltungsfunktion eigentümlich (43). Bonnard (43a) unterscheidet von hier aus die Gesetzgebungsfunktion, die nur als Rechtsschöpfung möglich sei, von der Verwaltung, die zugleich eine Schöpfung und Verwirklichung von Rechtssätzen umfasse. Dem hält Laubadère (43b)

(40) Vidal, aaO, S.286

(41) Rolland, aaO, S.45, nennt sie *agissements*.

(42) Bonnard, aaO, S.240, Charlier, aaO, no.1, Virally, aaO, no.5 f.

(43) Laubadère, aaO, S.156

(43a) aaO, S.61

entgegen, sowohl im unmittelbaren Anschluss an die Erfüllung von gesetzgeberischen Aufgaben gebe es actes matériels, wie z.B. die Veröffentlichung eines Gesetzes, als auch im Anschluss an rechtsprechende Akte, wie etwa Belehrungshandlungen.

c) Die innerdienstliche Weisung

Eine umfangreiche und vielfältige Zwischengruppe bilden die vielfach "mesures d'ordre intérieur", Internmaßnahmen oder innerdienstliche Weisungen, genannten Handlungen. Sie sind in ihren Wirkungen und dem eröffneten Rechtsweg nicht einfach zu umschreiben (44) und daher auch nicht allgemein und eindeutig vom acte administratif abgrenzbar. Wenn die mesures d'ordre intérieur allgemeine Regelungen enthalten, werden sie oft circulaires genannt.

Mit Hilfe dieses Begriffs versuchte man das Wesen von Handlungen zu erfassen, denen man wegen ihrer als innerdienstlich angesehenen Bedeutung die Anfechtbarkeit versagte (45). Man meinte, aus dieser internen Blickrichtung schließen zu müssen, daß sie keine Rechtsakte im eigentlichen Sinne sein könnten (46). Da sie also nicht Rechtsakte sein sollten, sprach man ihnen auch jeden Einfluss auf die Ordnungsmäßigkeit der actes administratifs ab (47). Allgemein sollten sie keine Verantwortlichkeit des Staates gegenüber dem einzelnen innerhalb des allgemeinen Gewaltverhältnisses und auch nicht gegenüber Benutzern von Institutionen

(43b) aaO, S.156

(44) Charlier, aaO, no.1, Laubadère, aaO, S.168, Virally, aaO, no.50, Waline, aaO, S.447, 452.

(45) Charlier, aaO, no.4

(46) Heute ist die Ansicht aufgegeben, die mesures d'ordre intérieur wegen ihrer fehlenden Justiziabilität zu den "Regierungsakten" zu zählen (Virally, RDP, S.353 f.)

(47) Charlier, aaO, no.2-4, Virally, aaO, no.50

der Leistungsverwaltung zu begründen vermögen.

Diese für die mesure d'ordre intérieur dargelegten Rechtsgrundsätze werden in einer Fülle von Urteilen des Conseil d'Etat und der tribunaux administratifs bestätigt (48). Wenn auch so die Rechtswirkungen der mesure d'ordre intérieur grundsätzlich festzuliegen scheinen, so ergibt die Rechtsprechung andererseits, dass nicht alle als intern angesprochenen Maßnahmen allein wegen dieser Bezeichnung gleich zu behandeln sind. Es zeigt sich immer wieder, daß eine Reihe von ihnen vielfältige Wirkungen hat, die über den Internbereich hinausragen.

Aus dieser Vielgestalt ergibt sich, daß der Begriff mesure d'ordre intérieur dadurch an Bedeutung verlieren muss. Deshalb vermeiden Charlier und Duez diese Bezeichnung überhaupt und verzichten für die hierunter gemeinhin verstandenen Handlungen auf einen gemeinsamen Oberbegriff. Sie schreiten unmittelbar zu der auch von den übrigen Autoren als sachgerecht angesehenen weiteren Unterscheidung:

Laubadère (48a) unterteilt in instructions de service ou circulaires und in sonstige mesures d'ordre intérieur,

(48) z.B. CE 21.2.1947, Ansalem, in RCE S.70; 6.4.1951, Syndicat des marchands ..., D. 1951 J 367; 12.12.1934, Mazli d'Amor, in RCE S.1177. "Diese Rechtsprechung ist die Anerkennung eines bestimmten Autonomiebereiches der Verwaltung" (Laubadère, aaO, S.172). Hauriou, Anm. in S. 1913.3.105 und 1921.3.9, nennt ihn "inneres Leben der Verwaltung mit eigenem rechtlichen Erfordernissen". Waline, Anm. in RDP 1934 S.539, erklärt die Existenz der mesure d'ordre intérieur mit der Idee des rechtlichen Pluralismus, weil der Bereich des staatlichen Rechts wiederum besondere Rechtskreise enthalte, die eine gewisse Selbständigkeit behaupten.

(48a) aaO, S.168

worunter er allgemeine Organisationsmaßnahmen, verfahrensvorbereitende Maßnahmen, individuelle Maßnahmen bezüglich der Beamten ohne Charakter einer Disziplinarstrafe bzw. gegenüber Soldaten ohne Einfluss auf ihr gesetzliches Laufbahnstatut versteht.

Virally (48b) behandelt die mesures intéressant la discipline (Disziplinarmaßnahmen) gesondert von den mesures intéressant le fonctionnement du service (Maßnahmen für den Dienstbetrieb, dienstliche Weisungen, Rundschreiben und sonstige tatsächliche Handlungen ohne Rechtswirkung) (49).

Charlier (49a) erörtert actes auxiliaires (vorbereitende und erläuternde Hilfsmaßnahmen zu Rechtsakten) als actes préparatoires und actes indicatifs und daneben mesures émanant des chefs (Maßnahmen der Dienststellenleiter) als actes frappant les agents und régissant les actes (50), sowie außerdem règlements intérieurs, instructions de service (dienstliche Weisungen).

Unabhängig von der im Einzelfall verwandten Terminologie zeichnen sich auch bei den übrigen Autoren deutlich die jeweils sachlich zusammengefassten Gruppen ab:

1) Unter den Hilfsakten zur Durchführung von Rechtsakten versteht man (50a) vorbereitende (actes préparatoires) oder erläuternde Maßnahmen (actes indicatifs) oder Äußerungen, in denen eine Dienststelle Ziele, Absichten oder Verfahren plant, umreißt oder sich darüber äußert, ohne sich selbst oder untergeordnete Stellen dabei binden zu wollen. Sie sind ihrer Natur nach den

(48b) aaO, no.51

(49) Die in § 4b) behandelten tatsächlichen Akte; sachlich ebenso Alibert, aaO, S.81,85 f., wenn auch unter z.T. abweichender Terminologie.

(49a) aaO, vor no. 1

(50) Im Hinblick auf den Erlaß von nach außen wirkenden Rechtsakten.

eigentlichen Rechtsakten untergeordnet und gehen ihnen entweder voraus oder folgen ihnen nach. Daraus ergibt sich für sie, daß sie keine Rechtsakte sind.

Es gehören im einzelnen hierzu:

- a) unselbständige Vermerke, Schreiben und ähnliche Akte - von der Rechtsprechung allgemein als actes matériels behandelt; ihre rechtliche Bedeutung liegt vorwiegend in ihrer Eignung zum Auslegen von Rechtsakten;
- b) unverbindliche Entschlüsse oder Anträge (voeux, demandes); sie sind ebendort einzureihen;
- c) Meinungsäußerungen (avis) von Beratungsorganen an Entscheidungsorgane. Solche Beratungsorgane sind z.B. der Conseil d'Etat, die conseils de préfecture, Disziplinarausschüsse für Beamte. Deren Befragung ist teilweise obligatorisch, ohne im Ergebnis für die verpflichtete Behörde verbindlich zu sein. Insbesondere bei lokalen Versammlungen gibt es als "avis" auch Entschlüsse und Akte allgemeinen Inhalts ohne selbständige Rechtswirkungen oder ohne Veränderung einer Rechtslage (51).
- d) Vorschläge und Berichte (propositions, rapports);
- e) Handlungen zur Kundmachung von Rechtsakten und Übermittlungen von Akten einer Behörde an eine andere (envois, transmissions) (52).

(50a) Insbesondere Charlier, aaO, no.9-23, mit einer eingehenden Untersuchung aller Erscheinungsformen; ferner Huet, Anm. in S.1946.3.13, Laubadère, aaO, S.168, Liet-Veaux, RA S.385 (er nennt sie mesures connexes à l'acte exécutoire), Waline, aaO, S.448 f.

(51) Bei obligatorischer Konsultation der Beratungsorgane wirkt sich das unordnungsmäßige Zustandekommen des avis direkt auf die von ihm ausgehende Entscheidung aus. Zum Teil wird auch zur Vereinfachung des Anfechtungsverfahrens eine direkte Anfechtung des avis zugelassen. Insgesamt ist in diesem Punkt die Rechtsprechung jedoch noch uneinheitlich (Charlier, aaO, no. 13).

f) Akte zur Äußerung von Auskünften, Urteilen oder Ratschlägen, zur Darlegung des Standpunktes, einer tatsächlichen oder rechtlichen Beurteilungsgrundlage, die einer Verfügung nachfolgen und sie auslegen.

g) Handlungen, die einen Rechtsakt nur wiederholen, erklären oder detaillieren (53).

Eine genaue Grenzziehung zwischen der bloßen Wiederholung oder Bestätigung und der Äußerung von rechts-schöpfenden und richtungsweisenden Elementen ist oft schwierig. Die Gerichte suchen die wahre Absicht der Verwaltung bei solchen Maßnahmen zu ergründen, unabhängig von deren Form oder Bezeichnung, und stufen sie unter den *décisions* ein, wenn eine solche erlassen werden sollte (54). Dabei ist als *décision* zu verstehen (55) bereits ein Akt, der den Inhalt eines zukünftigen echten Rechtsaktes mit hinreichender Sicherheit vorwegnimmt, weil die Verwaltung sich schon inhaltlich festgelegt hat.

Das Bestreben im Schrifttum geht ebenfalls dahin, den Kreis der gerichtlich nicht nachprüfbaren Maßnahmen einzuengen und eine größere Anzahl von Akten der Verwaltung als anfechtbare *décisions faisant grief* oder Rechtsakte im weiteren Sinne anzusehen, in denen die Verwaltung ihr Verhalten für die Zukunft bereits mit hinreichender Sicherheit festlegt. Insbesondere betrifft dies *actes auxiliaires indicatifs*, weil darin die Verwaltung oft im Hinblick auf eine spätere Beurteilung von tatsächlichen Verhältnissen oder in der Auffassung von bestimmten Grundsätzen oder Vorschriften einen Standpunkt bezieht. Eine Reihe von Autoren vertreten die Ansicht, daß die Verwaltungsgerichte auf ihrem bisher beschrittenen Weg bei der Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten noch nicht großzügig genug

(52) wie noch in II, § 4) näher darzulegen, werden sie im französischen Recht nicht als Formbestandteile des Aktes selbst angesehen.

verfahren seien (56).

2) Maßnahmen der Vorgesetzten.

Soweit sie von den Gerichten als mesures d'ordre intérieur bezeichnet werden, "erklärt dieser Begriff überhaupt nichts" (57). "Ebensowenig ist dazu geeignet ihr tatsächlicher oder rechtlicher, ihr erläuternder oder imperativer Charakter, auch nicht die begrenzte Tragweite". Alleine schon dadurch, daß sie vom Vorgesetzten herrühren, meint Charlier, haben sie weitreichendere und tiefgehendere Folgen, als viele echte décisions. Diese mesures émanant des chefs betreffen ihre Untergeordneten, aber auch andere selbständige Dienststellen, die auf bestimmten Gebieten mit der Dienststelle zusammenarbeiten müssen. Daneben beziehen sie sich auch auf den einzelnen Staatsbürger. In Frage steht hier weniger die direkte anordnende Gewalt über Personen, als vielmehr die Gewalt über den Inhalt späterer Maßnahmen eines bestimmten Dienstbereiches (58). Die Vielfalt der hierbei möglichen Akte macht eine Unterteilung erforderlich.

Circulaires oder instructions de service (aber auch dépêches, notes, lettres, ordres) sind rechtlich nicht unterschiedene Vorschriften der Behördenleiter an ihre Untergebenen, an Gleichgestellte oder an die Öffentlichkeit über die Anwendung oder Auslegung eines Gesetzes

(53) Duez, aaO, S.342, Virally, aaO, no.59

(54) CE 5.12.1947, Féd.nat.synd. conserveurs, in RCE S.456

(55) vgl. § 5 a)

(56) Charlier, aaO, no.20-23, Huet, Anm.in S.1946.3.13f., Liet-Veaux, aaO, no.7, Waline, aaO, S.447

(57) Charlier, aaO, no.24

(58) Charlier, aaO, no.25, Huet, Anm.in S.1947.3.7.

oder eines acte administratif (59). Die Rechtswirkungen sind wesentlich verschieden gegenüber den Beamten, für die sie entsprechend dem Dienstgehorsam grundsätzlich verbindlich sind, und hinsichtlich der einzelnen, für die sie grundsätzlich unverbindlich und nicht maßgeblich sind. Demgemäß können sie ihnen gegenüber weder Grundlage für die Legalität von Verwaltungshandlungen abgeben noch unmittelbar rechtsschöpfend sein (60).

Nach einer nunmehr aufgegebenen Auffassung (60a) unterschied man die Rechtswirkung gegenüber Beamten von der gegenüber den einzelnen. Ihr Ausgangspunkt war die unterschiedliche Stellung dieser beiden Personengruppen. Aus ihr leitete man ab, daß Rechtsmittel nur von Beamten eingelegt werden durften. Bald jedoch hat die Rechtsprechung auch andere Gesichtspunkte aufgezeigt und instructions ohne bindenden Charakter selbst für den Internbereich der Verwaltung anerkannt. Dann stellte man darauf ab, ob der erlassenden Behörde ein pouvoir réglementaire zustehe, die Befugnis zum Erlaß von Normen allgemeinen und unpersönlichen Inhalts. Bejahendenfalls konnte dann ein circulaire z.B. als echter règlement administratif behandelt werden. Nachdem aber heute das Recht zum Erlaß von règlements administratifs der Verwaltung in weitgehendem Maße zugebilligt wird, hat dieser Gesichtspunkt an Interesse verloren (61).

Heute teilt man allgemein die circulaires (sie haben regelmäßig einen allgemeinen und unpersönlichen Inhalt)(62).

(59) Charlier, aaO, no. 33, Levantal, aaO, S. 99

(60) Bonnard, aaO, S. 479

(60a) Hauriou, Anm. in S. 1921.3.9, Chevallier, Anm. in D 1925.3.45 und D 1926.3.25, Waline, Anm. in RDP 1934 S. 539 f.

(61) Charlier, aaO, no. 37, Bonnard, aaO, S. 478

(62) Bonnard, aaO, S. 478, Levantal, aaO, S. 99, LWB, aaO, S. 376, Virally, aaO, no. 57

ein in circulaires réglementaires und in circulaires interprétatives, in anordnende und auslegende Rundschreiben oder Runderlasse. Dies ist ein Ergebnis präziserer Rechtstechnik, weil man die Rechtsnatur eines Aktes nicht mehr aus Form und Bezeichnung, sondern aus Gegenstand und Wirkung auf die Rechtslage des einzelnen oder den Status der Beamten bestimmt. Denn manchmal erlässt die Verwaltung echte règlements administratifs in Form von circulaires. Deshalb muss man in jedem Fall die genaue rechtliche Tragweite der angegriffenen Maßnahme und die Absicht des Urhebers (63) auffinden und sie dann entsprechend dem Ergebnis dieser Prüfung behandeln. Der commissaire du gouvernement Tricot (64) sagte über die circulaires: "Sie sind ein Stand mit verschiedensten Waren: ordres du jour, conseils, recommandations, directives d'organisation et de fonctionnement, règles de droit".

Über den Standpunkt des Conseil d'Etat wird bei LWB(64a) folgender Überblick gegeben:

- Es wurden nicht als anordnende Rundschreiben angesehen:
- Empfehlungen zu einem bestimmten Verhalten der Untergebenen -,
 - Grundsätze für den internen Verwaltungsbetrieb ohne jede Rechtsfolge gegenüber den einzelnen -,
 - Hinweise mit Kommentar auf eine frühere décision -,
 - Interpretationen einer früher erlassenen Vorschrift -.
- Anordnende Rundschreiben dagegen sind solche,
- welche die Begründung von Rechten an Voraussetzungen knüpfen oder Rechte garantieren -,

(63) nach Duguit, DC, aaO, II S.276, einziges Kriterium

(64) concl. zu CE 29.1.1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, in LWB, aaO, S.375

(64a) aaO, S.377 f.

- welche Allgemeinverfügungen darstellen und einfache Ausführungsmaßnahmen nach sich ziehen -,
- welche frühere Einzelverfügungen einer neuen allgemeinen und zwingenden Regel unterstellen, die in keinem früheren Akt enthalten war.

Allerdings ist der Conseil d'Etat in einer späteren Entscheidung (65) von dieser Einteilung wieder abgewichen. Damit bleibt die Abgrenzung inhaltlich weiterhin nicht ganz eindeutig (66).

Die Gruppe der circulaires réglementaires wird ihrer wahren Natur entsprechend behandelt wie die echten règlements administratifs. Deren Ordnungsmäßigkeit richtet sich daher nach der Zuständigkeit des Urhebers (67). Sowohl sie selbst können gerichtlich angegriffen werden als auch die Akte, die gegen sie verstoßen. Laubadère (67a) sagt von solchen Maßnahmen, "sie haben von circulaires nur den Namen". Deshalb sind sie auch nicht innerdienstliche Maßnahmen und man reiht sie dort ein, wo sie ihrem wahren Wesen nach hingehören. Ebensowenig gehören zu den mesures d'ordre intérieur solche circulaires oder instructions de service, die zwar nicht selbst unmittelbare Rechtsakte sind, aber doch solche Rechtsakte vorbereiten und unmittelbar aufdrängen (68).

Die echten circulaires als innerdienstliche Maßnahmen beschweren dagegen niemanden und enthalten auch keine Anweisungen an Dienststellen, deren Anwendung einen Dritten beeinträchtigen könnte (69). Sie sind

(65) 9.4.1954, Union des associations de parents ..., in RCE S.224

(66) LWB, aaO, S.379

(67) CE 7.2.1936, Jamart, in RCE S.172; auch schon Alibert, aaO, S.86, allerdings ohne dieselbe klare theoretische Präzisierung

(67a) aaO, S.170

(68) Levantal, aaO, S.104; Duez, aaO, S.341 sachlich genauso, ohne jedoch im einzelnen auf diese theoretischen Unterscheidungen einzugehen.

ein "Führungsmittel" für die Beamten (70) und können, wie bereits ausgeführt, nie Gegenstand einer Anfechtungsklage sein. Sie bilden auch keine Rechtsquelle für den Inhalt der verwaltungsmäßigen Legalität.

Auch für diese Gruppe der mesures d'ordre intérieur trifft die weitere Fassung des Begriffs der décision faisant grief zu, auch hier war es neuerdings möglich, eine Reihe von Maßnahmen in den erweiterten Begriff des VA als Rechtsakt mit ein-zubeziehen (71). Zum Teil (72) wird die Haltung des Conseil d'Etat als zu zurückhaltend kritisiert. Aus dem Charakter all dieser Maßnahmen als mesures émanant des chefs (73) ergebe sich ihre verbindliche Kraft und ihre vielfältigen Auswirkungen auf alle späteren Entscheidungen der Behörden. Daher sei es erforderlich, auch sie bei Fehlerhaftigkeit gerichtlich angreifen zu können. Es handelt sich hier wieder um die bekannte Frage, wie weit der Begriff décision faisant grief verstanden werden soll und wann man bereits davon sprechen kann, daß eine instruction durch die in ihr enthaltenen Anordnungen das Verhalten beim Erlass eines zukünftigen Aktes über die Rechtslage eines einzelnen mit hinreichender Sicherheit voraussehbar macht (74).

Eine andere Gruppe sind die mesures intéressant la discipline. Man versteht hierunter (75) Maßnahmen innerhalb

-
- (69) Bonnard, aaO, S.479, Levantal, aaO, S.104, Waline, aaO, S.447, 452
(70) Alibert, aaO, S.86, Levantal, aaO, S.101
(71) CE 13.3.1953, Theissier, inLWB, aaO, S. 376 i.
(72) Charlier, aaO, no.37 f., Liet-Veaux, aaO, no.7, Waline, aaO, S.452
(73) Charlier, aaO, no.38 spricht im Anschluss an Huet, Anm. in S.1946.3.13, von actes directifs
(74) Huet, Anm. in S. 1947.3.7
(75) Alibert, aaO, S.82, Laubadère, aaO, S.168, LWB, aaO, S.376, Virally, aaO, no.52

eines besonderen Gewaltverhältnisses, wo die Befolgung der Disziplin besonders wichtig ist, wie z.B. in Strafanstalten oder Erziehungsanstalten (76). So stellen sich also décisions über die Disziplin der Soldaten als innerdienstliche Maßnahmen dar, sofern sie deren persönlichen Status nicht berühren (77). Das gleiche gilt für Anordnungen gegen Zivilbeamte, die nicht ihren Status berühren; einem Beamten kann z.B. nicht zugestanden werden, gegen strenge Bemerkungen seines Ministers anzugehen (78). Zur gleichen Art gehören Maßnahmen über die Disziplin der Schüler, selbst wenn sie ein Verhalten bestimmen, das diese befolgen müssen (79).

Virally (79a) erklärt die Unzulässigkeit von Rechtsmitteln gegen diese Maßnahmen aus den Eigenheiten des Disziplinarrechtes. Waline und Liet-Veaux wollen ihnen keinen Interncharakter mit der Folge fehlender Justiziabilität zuerkennen, weil sie die Interessen der Beamten, Personen in anderen besonderen Gewaltverhältnissen oder der Benutzer öffentlicher Anstalten und der services publics beeinträchtigen können. Deswegen sehen sie die Anfechtungsklage als zulässig an (80).

Handelt es sich bei derartigen disziplinarischen Maßnahmen hingegen nicht um solche, die allein auf dem Unterordnungsverhältnis der Betroffenen oder auf dem Disziplinarwesen beruhen, sondern um Akte, die erlassen werden in Anwendung der Bestimmungen über den Status

(76) Virally, aaO, no.52

(77) Dafür kann man anführen: eine Regelung über die Einlieferung in ein Militärhospital (CE 5.10.1955, Bayllard, in Rev.adm.1955 S.629), eine Genehmigung oder deren Verweigerung (CE 10.1.1919, Weistensisch, in RCE S.15), Strafen, wenn es sich nicht um einen Tadel handelt, der in den Akten einzutragen ist (CE 20.12.1946, Corbeau, in RCE S.344), Haftanordnungen (arrêts de forteresse; CE 11.7.1947, Dewavrin, in RCE S.307).

(78) CE 6.5.1953, Thomasset, in RCE S.206

(79) Verbot über das Tragen von Skihosen in einer Mädchenschule: CE 20.10.1954, Chopon, in RCE S.541

(79a) RDP, S.353

(80) Waline, aaO, S.447; Liet-Veaux, aaO, no.7,

oder den Zugang zu einer Dienstlaufbahn, dann werden sie nicht mehr als im Internbereich verbleibend angesehen und sind mit der Anfechtungsklage angreifbar (81).

Gegenüber dieser Gruppe ist trotz einer Reihe von Berührungspunkten den règlements intérieurs eine gewisse Eigenständigkeit zuzuerkennen (82). Es handelt sich dabei um Maßnahmen von Kollegialorganen zur Regelung der Tätigkeit ihrer eigenen Mitglieder. Hier lassen sich auch die "allgemeinen Organisationsmaßnahmen" (83) einreihen, worunter z. B. die Regelung der Benutzung öffentlicher Anstalten fällt oder der Amtsdauer von Beamten dezentralisierter Verwaltungsstellen. Deren Behandlung durch die Gerichte ist unterschiedlich. Im Schrifttum werden sie durchweg als echte *décisions* angesprochen, soweit sie die Rechtsstellung eines einzelnen beeinträchtigen; bei bloß dienstinternem Interesse (*intérêt du service*) sollen sie hingegen nach allgemeiner Auffassung nicht angreifbar sein (84).

(81) Alibert, aaO, S.83

(82) Charlier, aaO, no.32

(83) Laubadère, aaO, S.168

(84) CE 8.7.1921, Lacroix, in RGE S.600

§ 5. Abschließende Begriffsbestimmung

Die vorausgehenden Darlegungen zusammengefasst, ergibt sich in rechtsvergleichender Gegenüberstellung folgendes Bild (85):

In Frankreich ist acte administratif, verstanden als Verwaltungsmaßnahme, gegen die eine Anfechtungsklage möglich ist:

- 1) jede Handlung, die erlassen wird von einer autorité administrative;
- 2) bei Betätigung hoheitlicher Verwaltung, die sich auch nicht auf rapports du droit privé bezieht;
- 3) mit unmittelbarer Rechtswirkung, aber auch mittelbarer, sofern ein künftiger Rechtsakt bereits mit hinreichender Sicherheit inhaltlich festgelegt wird;

Im deutschen Verwaltungsrecht ist Verwaltungsakt:

- 1) jede Handlung, die erlassen wird von einer Verwaltungsbehörde;
- 2) bei Betätigung hoheitlicher Verwaltung;
- 3) mit unmittelbar rechtserheblicher Wirkung;

(85) Der hier für den deutschen Verwaltungsakt verwandte Begriff ist von Obermayer, aaO, S.85, übernommen.

4) unabhängig von dem
individuellen oder
generellen Inhalt,
bzw. angesprochenen
Personenkreis;

5) außerhalb der Gerichts-
barkeit und Rechtsetzung
in formellem Sinne.

4) gegenüber einem
zumindest bestimm-
baren Personenkreis;

5) außerhalb der Gerichts-
barkeit und Rechtsetzung
in formellem Sinne.

Zweiter Teil:

FEHLERHAFTIGKEIT

Genau wie die Mehrzahl der deutschen Autoren bedienen sich die französischen überwiegend einer negativen Methodik bei ihren Darstellungen über die Leitregeln für das Verwaltungshandeln. Demgemäß erörtern sie nicht die Gültigkeit des acte administratif, sondern dessen Fehlerhaftigkeit⁽¹⁾. "Ebenso wie die Medizinstudenten mehr die Krankheiten studieren als die Voraussetzungen der Gesundheit, so ist das Rechtsstudium regelmäßig auf der Untersuchung von Streitfällen aufgebaut, auf denjenigen Fällen, in denen das ordnungsmäßige Verhalten einer Person derart vor den Richter getragen ist: existiert die vom Kläger vorgebrachte Rechtsverletzung?"⁽²⁾ Laubadère⁽³⁾ behandelt zwar positiv den "Grundsatz der Legalität der Verwaltung"⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾ und legt dabei dar, auf welche Rechtsquellen die "Legalität" zurückgeht. Aber er entwickelt dann dennoch nicht weiter, wie sich die Verwaltung verhalten soll. Damit ändert auch er alsbald seine Darstellungsweise und bedient sich der üblichen negativen Methode. Er erörtert als prozessuale Frage bei der Begründetheit von Anfechtungsklagen, wie sich die Verwaltung nicht verhalten darf.

Die Abweichungen vom Ideal des "guten" Verwaltungshandelns werden bei der Mehrzahl der Autoren in einer stark betonten prozessualen Ausrichtung erörtert. Fehlerhaftigkeit und Nichtigkeit werden daher nicht als allgemeine theoretische Fragen zum VA behandelt, sondern als Teilfrage innerhalb des Anfechtungsverfahrens.

Demgegenüber bezeichnet Eisenmann den negativen Standpunkt⁽⁶⁾ als systemwidrig, weil alle das Verwaltungshandeln bestimmenden Regeln Grundsatzfragen sind, nicht aber prozessuale

(1) so Duez-Debeyre, Laubadère, Liet-Veaux, Rolland, Virally, Waline in ihren Darstellungen (vgl. Literaturverzeichnis)

- anders nur, soweit ersichtlich, Eisenmann, aaO.

(2) Waline, aaO, S. 385

(3) aaO, S. 205 f.

(4) ebenso Duez, aaO, S. 203

Fragen, selbst wenn sie von der Rechtsprechung entwickelt wurden (7) (8). "Jede Fehlerhaftigkeit setzt eine Regel voraus; daher muss diese zuvor dargelegt werden" (9).

"Eine Theorie, die nicht bis zu den Grundsätzen über die Ordnungsmässigkeit vordringt, kann nie zu einer eindeutigen und geschlossenen Analyse führen" (10).

§ 1. Rechtliche Sanktionen gegen nicht ordnungsmäßige Akte

Als mögliche rechtliche Sanktionen gegen das Fehlen von Bestandsvoraussetzungen oder wegen Verstoßes gegen Regeln über das Verwaltungshandeln kommen für das französische Verwaltungsrecht in Frage: inexistence, nullité und Teilfehlerhaftigkeit.

a) Inexistence

Von inexistence spricht man, wenn ein VA nicht zustande gekommen ist, weil wesentliche Charakteristika oder Erfordernisse fehlen. Theoretisch wird aus diesem Begriff gefolgert, daß der betreffende Akt nicht aufgehoben zu werden braucht - "denn ein Nichts kann keinen Gesetzesverstoß darstellen" (11) - seine Nichtigkeit braucht bloß festgestellt zu werden (12). Die Gerichte sind höchst zurückhaltend beim Ausspruch der inexistence, um die Grundsätze "durch Anfechtungsklage kein Suspensiveffekt", "Wirksamkeitsvermutung bis zum Gegenbeweis vor Gericht", "der einzelne darf nicht über die Wirksamkeit eines VA in eigener Sache entscheiden" möglichst selten anzutasten (13).

-
- (5) Eisenmann, aaO, S.131 f., stellt lediglich die Existenz dieses Grundsatzes für alle Akte der Verwaltung in Frage; für die hier behandelten Rechtsakte bezweifelt er dessen Gültigkeit nicht.
 - (6) aaO, S. 187 f.
 - (7) Ähnlich Auby, aaO, S. 11: "... s'agissant d'un problème de fond et non de procédure."
 - (8) Waline, aaO, S. 385 f., behandelt zwar die Fehlertatbestände im Kapitel "Wirksamkeitsvoraussetzungen", folgt aber trotzdem der negativen Methode.
 - (9) Eisenmann, aaO, S.221
 - (10) Eisenmann, aaO, S.221

Immerhin zeigen eine Reihe von Entscheidungen, daß dem französischen Verwaltungsrecht der Begriff der *inexistence* mit den ihr eigentümlichen Folgen nicht fremd ist. Jedoch wird ein Eingehen auf die Rechtsprechung zeigen, daß die französischen Gerichte bei deren Ausspruch noch vorsichtiger sind als etwa die deutschen und daß sich die Nichtigkeitsfälle tatsächlich auf einige Ausnahmen beschränken. Aus den Merkmalen der *inexistence* ergibt sich, daß sie die gleichen Rechtsfolgen nach sich zieht wie im deutschen Verwaltungsrecht die Nichtigkeit.

b) *Nullité*

Die "*nullité*" ist reguläre Fehlerfolge, wenn einem Verwaltungsakt die Gültigkeitserfordernisse fehlen. Sie bedarf der Feststellung durch ein Gericht oder eine Verwaltungsstelle, verbunden mit der Aufhebung der mangelhaften Maßnahme. Damit wird die Wirksamkeitsvermutung beseitigt und es endigen ihre Folgen und Rechtswirkungen(14).

Dabei werden wie im französischen Zivilrecht unterschieden die absolute Anfechtbarkeit und die relative(15). Die absolute kann von jedem geltend gemacht werden, (16) der durch einen Verwaltungsakt beschwert ist. Auf die relative soll sich nur der jeweils besonders Geschützte berufen dürfen. Naturgemäß hat der Gedanke der relativen Anfechtbarkeit im öffentlichen Recht geringe Bedeutung. Denn die Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes bestehen in der Regel im Allgemeininteresse. Hieraus wird dann allerdings auch gefolgert, im Verwaltungsrecht könne es nur die absolute Anfechtbarkeit geben(17).

(11) Duez, aaO, S. 386

(12) Waline, aaO, S. 386

(13) Laubadère, aaO, S. 215 f., Waline, aaO, S. 385 f.

Dennoch geht die überwiegende Auffassung dahin, die relative weder im Rahmen des Verwaltungsvertrages noch bei den einseitigen Hoheitsmaßnahmen auszuschließen(18). Man erkennt an, daß es zum Beispiel Regelungen für den Erlass von Verwaltungsakten gibt, die allein ganz bestimmte Belange schützen sollen. Hieraus wird dann geschlossen, daß nur der geschützte Personenkreis Verstöße gegen diese Ordnungsvorschriften geltend machen dürfe. Wer darüber hinaus durch die gleiche Maßnahme beschwert ist, soll auf diesen Mangel keine Anfechtungsklage stützen dürfen. Das scheinen nach dieser Meinung die Gerichte zu bestätigen, wenn sie eine Klage abweisen, weil eine bestimmte Formvorschrift im alleinigen Interesse der Verwaltung und ihrer selbständigen oder unselbständigen Zweige erlassen worden sei und daher von keinem einzelnen geltend gemacht werden könne(19).

Dem deutschen Verwaltungsrecht ist eine derartige Unterscheidung fremd. Zwar gebrauchen Wolff(19a) und Bernatzik (20) die Termini "absolute" und "relative Rechtswidrigkeit", "Unwirksamkeit" bzw. "Nullität"; doch verstehen sie hierunter kein Gegenstück zu den zivilrechtlichen Begriffen, sondern einfach den Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Der "nullité" des französischen Verwaltungsrechts entspricht die "Anfechtbarkeit" der deutschen Terminologie. Die begriffliche Abweichung zwischen den beiden Rechtssystemen ergibt sich offenbar aus dem Zeitpunkt der

-
- (14) Laubadère, aaO, S.213, Waline, aaO, S.388
 - (15) Jèze, aaO, I S.86, Waline, aaO, S.387
 - (16) über das persönliche Interesse als Klagvoraussetzung vgl. Lücking, aaO, S.76 f.
 - (17) Anm. de Soto in D. 1944 S.118
 - (18) Jèze, aaO, I S.86, Laubadère, aaO, S.214
Waline, aaO, S.387 f.
 - (19) So z.B.: CE 17.2.1950, Moehrlé, in D 1950 J.485;
24.10.1919, Bonvoisin, in RCE S.776
 - (19a) aaO, S.244
 - (20) in "Rechtsprechung und mat.Rechtskraft", 1886, S.201,
269 (zit.bei Forsthoff, aaO, S.207 Anm.6)

Betrachtung der Fehlerhaftigkeit: in Frankreich faßt man die Rechtslage nach dem Erlaß des Urteils ins Auge. Um den Unklarheiten aus dem Wege zu gehen, die durch eine wörtliche Übersetzung des französischen Begriffs entstehen würden, soll er im folgenden in sinngemäßer Übertragung, d.h. entsprechend der deutschen Terminologie, verwandt werden.

c) Die "inexistence" in der Rechtsprechung

Das Interesse an der Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit liegt vorwiegend auf prozessuellem Gebiet⁽²¹⁾. Denn theoretisch betrachtet muss die Nichtigkeit auch von ordentlichen Gerichten feststellbar sein, wogegen allein die Verwaltungsgerichte über die Anfechtbarkeit befinden dürfen. Das ist zu folgern aus Art. 32 der Ord. vom 31. Juli 1945: der Conseil d'Etat entscheidet über die Anfechtungsklagen gegen die Akte der verschiedenen Verwaltungsbehörden". Ferner betrifft es die Frage, ob die Verwaltungsgerichte im Verfahren über die Nichtigkeit an die Vorschriften des Anfechtungsverfahrens gebunden sind. Bei Erhebung einer Anfechtungsklage gegen nichtige VA könnte die Folge sein, daß diese als unzulässig abgewiesen werden müßte, womit allerdings schon den Interessen des Klägers gedient wäre (22). Daneben handelt es sich darum, ob die "Aufhebung" eines nichtigen VA zulässig ist, wenn die ordentlichen Rechtsmittelfristen abgelaufen sind, um damit die Konsolidierung von Rechtslagen zu verhindern, die auf rechtlich unbeachtliche Akte zurückgehen (23). - Soweit die theoretischen Fragen hinsichtlich des Begriffs der "inexistence".

(21) Laubadère, aaO, S.215

(22) Duez, aaO, S.386, Waline, aaO, S.387

(23) Laubadère, aaO, S.215

Darüber, ob und inwieweit die Rechtsprechung solche Fälle der Nichtigkeit anerkennt (24) und sie auch folgerichtig als "inexistent" behandelt, bestehen unterschiedliche Auffassungen (25). Ausgehend von den verschiedenen Folgerungen der Rechtsprechung aus dem Begriff der 'inexistence' lassen sich zwei Spielarten unterscheiden (26):

1) Eine Nichtigkeit im eigentlichen Sinne in der Bedeutung von "nicht existieren": Die Verwaltung hat zwar eine Maßnahme als tatsächlich erlassen behandelt, aber von dem Gericht wird ausgesprochen, daß sie in Wirklichkeit nie ergangen sei. Es handelt sich um anderes als um bloße Illegalität wie bei erfolgreicher Anfechtung; um anderes als einen bloßen Verstoß gegen gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen. Denn die Folgen sind hier viel einschneidender. Der Conseil d'Etat spricht in derartigen Fällen von "acte inexistent" (27) oder von "prétendue décision" (28). Er erklärt sie als jederzeit zurücknehmbar und sieht die gesetzlich vorgeschriebenen Rechtsmittel gegen fehlerhafte Akte als unanwendbar an: so etwa keine obligatorische Anwaltsvertretung, kein obligatorisches Vorverfahren bei der übergeordneten Verwaltungsbehörde (29). Zu diesem Ausspruch kommen die Gerichte, wenn die tatsächliche "Existenz" eines Verwaltungsaktes nicht feststellbar ist, weil keine Akten Anhaltspunkte darüber enthalten oder weil zwei sich widersprechende Urkunden vorliegen - also Fälle "tatsächlicher Inexistenz" (30). Die prozessuale Behandlung der-

(24) Waline, aaO, S.386, und Auby, inexistence, S. 331, bejahen dies.

(25) Laubadère, aaO, S. 215, formuliert vorsichtiger: "Um die besonders schwere Fehlerhaftigkeit verschiedener Verwaltungsakte zu bezeichnen, verwendet der Conseil d'Etat andere Formulierungen als bei blosser Aufhebbarkeit."

(26) so Laubadère, aaO, S.216

(27) CE 22.6.1932, Munio, in RCE S.609

(28) CE 29.2.1947, Megevand, in S.1948.3.41

(29) Waline, aaO, S.386

(30) Odent, aaO, S.327

artiger Akte zeigt, daß sie nicht als Nullum angesehen werden, daß sie also keine Nichtakte sind.

2) Daneben bezeichnet die Nichtigkeit auch eine besonders grobe Fehlerhaftigkeit, einen extremen Grad der Illegalität (31). Hierdurch entsteht erhebliche Verwirrung. Bei der Frage, welches Maß von Fehlerhaftigkeit die Aufhebbarkeit zur Nichtigkeit macht, zählt Laubadère folgende Fälle auf (32): die krasse Unzuständigkeit, wie etwa die Amtsanmaßung durch Nichtbeamte oder Organe ohne gesetzesmäßige Grundlage, auch der Eingriff von Verwaltungsbeamten in gesetzgeberische oder rechtsprechende Aufgaben (33). Ausnahmsweise gültig sind Akte von usurpateurs, wenn sie fonctionnaires de fait sind (33a).

Der Conseil d'Etat spricht bei dieser Gruppe von einem "nichtigen Akt ohne jede Wirkung" (acte nul et de nul effet) (34), von einem "völlig wirkungslosen Akt" (acte complètement inopérant) (35). Zum Teil sagt er zwar, solche Akte könnten nicht bestätigt werden, aber andererseits unterwirft er sie der Anfechtungsklage mit ihren üblichen Fristen und spricht über eine nichtige Verfügung (décision entachée de nullité) die Aufhebung aus (36). Daraus ergeben sich erhebliche Unklarheiten

(31) Auby, inexistence, S.273, bezeichnet sie als nullité radicale; Odent, aaO, S.327, spricht von inexistence juridique.

(32) aaO, S.216

(33) ebenso Auby, inexistence, S.49 f., und Waline, aaO, S.386

Waline fügt dem noch hinzu, ohne jedoch die Zweiteilung von Laubadère durchzuführen: z.B. Maßnahmen, die ein rückwirkend aufgehobenes Gesetz anwenden; Akte eines Beamten ohne selbständige Entscheidungsbefugnis; Maßnahmen einer offensichtlich unzuständigen Behörde; Maßnahmen eines fehlerhaft zusammengesetzten Ausschusses.

(33a) hierüber unten § 3e)

Von den übrigen Autoren und den Gerichten werden derartige Sachlagen als Unzuständigkeit mit gewöhnlicher Fehlerfolge, der Anfechtbarkeit, ge-

und Widersprüche zu den theoretisch als notwendig dargestellten Folgerungen aus dem Begriff "inexistence".

Als wichtigste und feststehende Folgerung aus der Nichtigkeit i.S. einer groben Fehlerhaftigkeit folgt nur, daß die diesbezüglichen tatsächlichen Ausführungshandlungen eine Gewaltmaßnahme (voie de fait) darstellen und mit der daraus sich ergebenden Schadensersatzpflicht zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehören (37). Ist der nichtige ^{Akt} Teil eines Verwaltungsverfahrens gewesen oder eines Vorganges, der aus einer Vielzahl von Akten besteht, dann sind alle ihm nachfolgenden Maßnahmen fehlerhaft.

Die Behandlung der Nichtigkeit durch die französischen Gerichte zeigt, daß trotz der "Inexistenz" des mit ihr behafteten Aktes kein Nullum vorliegt, über das Gerichte nicht befinden könnten. Zumindest eine Feststellung der Rechtsunwirksamkeit ist jederzeit möglich. Diese Feststellung gehört nach allgemeinen Zuständigkeitsgrundsätzen vor die Verwaltungsgerichte, weil trotz Nichtigkeit des Aktes eine Beziehung zur Verwaltung besteht (38).

wertet. Daher ist wohl diese Aufzählung als ein Vorschlag zur Erweiterung der anerkannten Fälle der inexistence auf krasse Rechtsverstöße, auf die "illégalité manifeste" anzusehen.

- (34) CE 20.10.1948, Bois-Juzan, in RDP 1949 S.389; 28.10.1932, Laffitte, in S. 1933.3.65
- (35) CE 21.3.1934, Bassières in RCE S. 400
- (36) CE 29.12.1948, Sargos, in RDP 1949 S.389, betreffend die Maßnahmen einer Berufsorganisation, deren Schaffung durch einen früheren arrêté bereits aufgehoben war; diese Akte rührten also von einem Gebilde her, dem jegliche gesetzliche Grundlage fehlte.
- (37) Auby, inexistence, S.313, Laubadère, aaO, S.216 f., Waline, aaO, S.387
- (38) Auby, inexistence, S.332

Denn die Zuständigkeitsregel wird so verstanden, daß Verwaltungssachen grundsätzlich von Verwaltungsgerichten zu entscheiden sind.

Odent (39) lehnt den Begriff der Nichtigkeit für Verwaltungsakte gänzlich ab. Er meint, mit ihm sei unvermeidbar eine prozessuale Sonderbehandlung verbunden. Demgegenüber sei es jedoch zweckmäßig, über alle Arten von mangelhaften Akten die gleichen Gerichte ausschließlich und nach denselben Verfahrensgrundsätzen entscheiden zu lassen.

Verglichen mit den deutschen Verhältnissen ergibt sich, daß der französische Jurist eine noch größere Zurückhaltung übt, einen Verwaltungsakt als nichtig zu beurteilen. In Frankreich besteht eine ausgedehntere Aufhebungspflicht für mangelhafte Akte. Gleiche Behandlung erfahren Handlungen verwaltungsfremder Personen und die Überschreitung des Zuständigkeitsbereiches der Exekutive überhaupt. Unbekannt ist indes in Frankreich die Nichtigkeit wegen offensichtlicher Gesetzesverletzung, insbesondere bei Überschreitung der funktionellen Zuständigkeit oder bei Verfahrensverstößen (40). In beiden Rechtssystemen ist Grundlage der Nichtigkeit die ganz besondere rechtliche Erheblichkeit eines Mangels. Nur darüber, wann ein Fehler so schwer wiegt, daß ihm auch eine besondere Fehlerfolge entsprechen soll, die über bloße Verzichtbarkeit hinausgeht, weichen beide Rechtssysteme voneinander ab.

Der Begriff der 'inexistence' kann im französischen Verwaltungsrecht in seinen Voraussetzungen und Wirkungen noch nicht als völlig gesichert angesehen werden. Die Rechtsprechung ergibt noch kein geschlossenes Bild. (41)

(39) aaO, S. 328

(40) Stassinopoulos, aaO, S. 34 Anm. 2

(41) Waline, aaO, S. 386 f.

Es hat den Anschein, als ließe sie sich mehr von Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit leiten als von dogmatischen Erwägungen. Denn es werden auch Maßnahmen "aufgehoben", die als nichtig bezeichnet wurden (42). Damit bestehen im französischen Verwaltungsrecht in diesem Fragenkreis ähnliche Schwierigkeiten wie im deutschen (43). Einzelheiten ergeben sich in beiden Rechtssystemen erst bei einer kasuistischen Betrachtung der Fehlertypen.

d) Teilfehlerhaftigkeit

Genauso wie im deutschen Verwaltungsrecht grundsätzlich der Mangel eines Teiles eines VA den gesamten Akt vollständig ergreift (44), verhält es sich auch im französischen Recht. Bei den Ausnahmen von dieser Regel müssen zwei Fallgruppen wegen ihres unterschiedlichen Charakters voneinander geschieden werden:

1) Unter bestimmten Voraussetzungen hebt der Conseil d'Etat einen VA teilweise auf (annulation partielle oder relative). Wird z. B. ein ehemaliger Berufssoldat in eine ihm vorbehaltene Stellung berufen, obwohl statt seiner ein anderer hätte ernannt werden müssen, so hebt der Conseil d'Etat die ordnungswidrige Ernennung auf, "soweit sie unter Mißachtung des wahren Berechtigten ergangen ist". Der erstere bleibt ernannt, ohne daß dies dem letzteren entgegengehalten werden kann; der letztere hat aber seinerseits ein Recht auf Ernennung oder Schadensersatz (45).

Trotzdem können diese Fälle nicht der deutschen "Teilfehlerhaftigkeit" gleichgesetzt werden. Denn im deutschen Recht beruht sie auf dem Gedanken des § 139 BGB (46) und setzt voraus, daß eine Verwaltungsbehörde den

(42) Laubadère, aaO, S.216

(43) hierüber Forsthoff, aaO, S.208, Wolff, aaO, S.269-275

(44) Forsthoff, aaO, S.230

(45) CE 10.6.1910, Aubry, in RCE S.450; Laubadère, aaO, S.401

VA mutmaßlich auch ohne den fehlerhaften Teil erlassen haben würde. Der Conseil d'Etat stellt indes bei dieser Gruppe solche Erwägungen nicht an und hat bei der annulation partielle nur die Wirkungen des Urteils im Auge: grundsätzlich wirkt die Aufhebung erga omnes, hier jedoch ausnahmsweise nur im Hinblick auf den wahren Berechtigten, während sie ohne Wirkung ist gegenüber allen übrigen Personen.

2) Ein Vergleich ist demgegenüber möglich in anderen Fällen, wo der Conseil d'Etat z.B. einen Akt insoweit aufhebt, als er den Grundsatz der Nichtrückwirkung beeinträchtigt, ihn aber in seinen Wirkungen für die Zukunft bestehen lässt (47). Allerdings spricht er diese Folge nicht in allen solchen Fällen aus (48).

e) Nicht zwingende gesetzliche Vorschriften

Schließlich muss festgehalten werden, daß auch der französische Gesetzgeber Regeln aufstellt über den Erlass von actes administratifs, deren Nichtbeachtung ohne Einfluss bleibt auf die Wirksamkeit eines Aktes. Die Gerichte haben verschiedentlich ausgesprochen, diese zwar gesetzlichen Bestimmungen stellten keine echten Rechtsbefehle dar, sie seien vielmehr einfache Empfehlungen, Anregungen und Wünsche ohne rechtliche Tragweite zumindest in dem Bereich des Erlasses von actes administratifs (49). Solchen "recommendations" und "vœux sans portée juridique" begegnen wir in § 4 bei Behandlung der Formvorschriften, die allgemein unterteilt werden in wesentliche, d.h. rechtlich beachtliche, und unwesentliche.

(46) Forsthoff, aaO, S.230

(47) Ähnlich bei "mehrgliedrigen" Verfügungen; es werden lediglich die rechtswidrigen Teile aufgehoben: CE 24.11.1944, Syndicat des retorqueurs..., in RCE S.308

(48) Dupeyroux, aaO, S. 175, Virally, aaO, no. 169

(49) Eisenmann, aaO, S. 183

§ 2. Grundlagen der Fehlerhaftigkeit

a) Die "illégalité"

Allgemeine Fehlerfolge bei actes administratifs ist neben den Sondererscheinungen der Nichtigkeit und relativen Anfechtbarkeit die "absolute Anfechtbarkeit", die Möglichkeit für jeden Betroffenen, gegen den Akt anzufragen zu können. Anfechtbar ist im französischen Recht der acte administratif illégal. Entsprechend der traditionellen Einteilungsmethode, die auf Laferrière zurückgeht, werden üblicherweise vier Fälle der illégalité aufgezählt: Unzuständigkeit (incompétence), Formfehler (vice de forme), Rechtsverletzung (violation de la loi) (50), Ermessensmissbrauch oder Willkür (détournement de pouvoir).

Jede derartige schematische Aufteilung führt zu einer Reihe von Unzulänglichkeiten. Das hat Waline (51.) veranlaßt, einen fünften Aufhebungsfall anzuführen: den "défaut de motif légal", die fehlerhafte gesetzliche Grundlage der Verfügung. Andere Autoren (52) lassen sich offenbar von der Tatsache bestimmen, daß jegliche Illegalität eine Rechtswidrigkeit darstellt; sie bezeichnen den dritten Aufhebungsfall nicht als "Rechtsverletzung" (violation de la loi), sondern nennen ihn "défaut de motif légal" oder "illégalité relatif aux motifs de l'acte" und behandeln unter dieser Überschrift den Tatsachen- und Rechtsirrtum sowie Subsumtionsfehler. Offenbar kann man der französischen Lehre am ehesten gerecht werden, wenn man diese Irrtumsfälle unter der traditionellen Gesamtüberschrift "Rechtsverletzung" behandelt.

(50) verstanden als Rechtsverletzung im engeren Sinne (Duez, aaO, S.385, Odent, aaO, S.554); Steindorff, aaO, S.55, übersetzt die "violation de la loi" mit Rechtswidrigkeit; wie hier Knöpfle in NJW 1959, S.554

(51) aaO, S.400

(52) Laubadère, aaO, S.212, Rolland, aaO, S.346 und Vidal, aaO, S.275 f.

Als zweifelhafter und weitgehend abgelehnter Fehlergrund für den acte administratif kommt in Frage die Verletzung der "Verwaltungsmoral" durch Verfolgung eines unzulässigen Zweckes (53).

Für das Anfechtungsverfahren gegen actes administratifs ist im französischen Recht charakteristisch die strenge Ordnung der Fehlertatbestände, in die alle Fälle der illégalité eingereiht werden. Weithin führen Unregelmäßigkeiten eines VA in Deutschland und Frankreich zu den gleichen rechtlichen Sanktionen. Jedoch ist die systematische Einordnung in einer Vielzahl von Fällen eine andere, weil in Frankreich eine strenge Bindung an die vier oder fünf "Fehlertatbestände" besteht, unter deren Terminologie alle auftauchenden Mängel eingeordnet werden müssen.

-
- (53) Waline, aaO, S.388, betrachtet als selbständigen Fehlergrund neben der illégalité den Betrug und die Täuschung, um die Verwaltung zur Vornahme einer Handlung zu veranlassen. Wenn dieser Fall auch von den übrigen Autoren nicht als autonomer Aufhebungsgrund angesehen wird, so ist er doch so eindeutig, daß er im folgenden keiner besonderen Behandlung mehr bedarf. Bedeutsam ist dieser Gesichtspunkt bei der "théorie des retrait", da bei solchen Akten die Rücknahme von keiner Fristbindung abhängt.

Unter den Kritikern der üblichen Tatbestands-systematik befinden sich insbes. Eisenmann und Gazier. Eisenmann (aaO, S.221 f.) kennt sechs Aufhebungsfälle: Unzuständigkeit, Verstoß gegen eine ranghöhere Norm, ungesetzlicher und unzulässiger Zweck, Überflüssigkeit, fehlende Voraussetzungen zum Erlaß, Formfehler. Gazier (aaO, S.77 f.) schließlich sucht das traditionelle Einteilungsschema zu ersetzen durch ein sachgerechteres, den neuerdings entwickelten Begriffen angepasstes, und geht dabei aus von der grundlegenden Unterscheidung in die leichtere illégalité externe und die schwerwiegendere illégalité interne. Verstöße gegen die äußere Legalität sollen die Wiederholung des Aktes in gesetzmäßiger Form nicht ausschließen; dazu gehören die Unzuständigkeit, Form- und Verfahrensverstöße. Die innere Legalität kann verletzt werden durch Akte mit fehlerhafter rechtlicher oder tatsächlicher Grundlage, durch Verstoß gegen eine gesetzliche Bestimmung oder durch détournement de pouvoir et de procédure.

Die Aufhebungsfälle oder Anfechtungstatbestände sind vom Conseil d'Etat schrittweise entwickelt worden. Ausgehend von offensichtlichen Formverstößen und krasser Unzuständigkeit dehnte er schließlich seine Kontrolle von der "äußeren Legalität" der Akte auf die "innere Legalität" aus, die Rechtsverletzung und den *détournement de pouvoir* (54).

Ebenso wie im deutschen Verwaltungsrecht für die Rechtmäßigkeit der VA, ist in Frankreich bestimmend für die Legalität der *actes administratifs* weder allein das Gesetz, noch das positive Recht in vollem Umfange (55). Denn einerseits gibt es allgemeine Rechtssätze, zu deren Beachtung die Verwaltung bei ihren Entscheidungen verpflichtet ist, ohne daß diese direkt oder indirekt (durch Verleihung einer Verordnungsbefugnis) vom Gesetzgeber herrühren und geschriebenes Recht sind; daneben bestehen ausdrückliche Regelungen des Verwaltungshandelns, deren Verletzung von den Verwaltungsgerichten nicht als Illegalität gewertet wird, weil sie keine vollwertigen und echten Rechtsbefehle über den Erlaß von VA sind, sondern bloße Empfehlungen oder Wünsche (56).

Zum geschriebenen Recht zählen außer der Verfassung, den ordnungsgemäß zustandegewordenen Gesetzen und *règlements administratifs*, die *décrets-lois* von "gouvernements de fait" in verfassungsmäßigen Interimszeiten, wie z.B. die *ordonnances* der vorläufigen Regierung v.1944(57).

Oft wird eine Illegalität dadurch verschleiert, daß weder der Conseil d'Etat noch irgendein anderes Gericht ohne ausdrückliche gesetzliche Befugnis die Ver-

- (54) Vidal, aaO, S. 278; über die Verbindung des Gedankens der Unzuständigkeit mit dem *détournement* vgl. § 6 b).
- (55) Forsthoff, aaO, S. 131 f., 148 f.
- (56) Auby, aaO, S.10, Eisenmann, aaO, S. 183; vgl. § 4.
- (57) Duez, aaO, S. 389, Laubadère, aaO, S. 205; Waline, aaO, S. 401. Dazu zählen auch die ordnungs-

fassungsmäßigkeit von Gesetzen kontrollieren (58). Da nun die Verfassungswidrigkeit von actes administratifs häufig auf ihren Erlaß in Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes zurückgeht, ist in diesen Fällen den Betroffenen eine Angriffsmöglichkeit entzogen.

Entgegen der Auffassung des überwiegenden Teiles der Lehre (59) hat der Conseil d'Etat auch neuerdings noch (60) entschieden, daß der Inhalt der Präambel zur Verfassung und die darin bestätigten Menschenrechte von 1789 (61) nicht positives Recht seien und nur eine vom Richter nicht direkt anwendbare Grundsatzerklärung darstellen; das gelte selbst dann, wenn es sich um genau und klar formulierte Prinzipien handele, die keiner Präzisierung durch den Gesetzgeber mehr bedürfen. Sie seien den ungeschriebenen "allgemeinen Rechtsgrundsätzen" zuzurechnen, aber nicht geschriebenes Recht (62).

Der Inhalt der Legalität wird ganz generell von jedem Rechtsakt allgemeiner Bedeutung (generelle Norm im Gegensatz zur individuellen) bestimmt, der ranghöher ist als der angegriffene (63). Das ist eine Anwendung des Satzes: *legem patere quam ipse fecisti* (64). Damit können richtungsweisend sein außer Normen legislativen Ursprungs auch *décrets* und *arrêtés* von Ministern, Präfekten und Gemeinden sowie allgemeine Regelungen und

mäßig ratifizierten und veröffentlichten diplomatischen Verträge.

(58) Waline, aaO, S.401

(59) Laferrière, aaO, S.962 f., Laubadère, aaO, S.206, Mignon, aaO, S.128, Waline, aaO, S.402

(60) 7.7.1950, Dehaene, in RDP 1950 S.694

(61) Die gleichen Grundsätze müssen auch für die neue Verfassung der 5. Französischen Republik gelten. Im Absatz 1 der Präambel bezieht sie sich auf die Geltung der Menschenrechte von 1789, "wie sie in der Präambel zur Verfassung von 1946 bestätigt und vervollständigt sind" (Entwurf, im JO 1958 S.8287 f., vom 5.9.1958).

Satzungen der selbständigen Verwaltungsträger, aber auch die "unechten Rundschreiben", Dienstanweisungen oder innerdienstliche Maßnahmen von allgemeiner und normativer Natur (65). Aus der verwaltungsinternen Wirkung der echten Rundschreiben und Dienstanweisungen ergibt sich, daß sie nicht Rechtsquelle in diesem Sinne sein können (66).

Bei ranggleichen Maßnahmen derselben Behörde ergibt sich, daß ein règlement administratif einen früheren règlement administratif abändern kann; bei actes administratifs individuels führt die gleiche Sachlage zu der Frage nach der Zulässigkeit von Rücknahme und Widerruf. Individuelle Maßnahmen, die gegen frühere règlements administratifs verstoßen, sind illegal (67). Regelungen des internen Arbeitsablaufs von lokalen Versammlungen sollen für diese nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat nicht bindend sein (68). Der Grundsatz der Übereinstimmung des Einzelaktes mit allgemeinen Regelungen gilt selbst dann, wenn die individuelle Maßnahme von einer übergeordneten Behörde erlassen wird. So hat der Conseil d'Etat entschieden, als der Finanzminister sich weigerte, einen Gemeindebeamten in den Ruhestand zu entlassen, der die laut Gemeindegesetz festgelegte Altersgrenze erreicht hatte (69).

Der Conseil d'Etat behandelt Verletzungen der Rechtskraft als Rechtsverletzungen. Darunter fallen außer inhaltlich abweichenden oder zuwiderlaufenden Akten auch solche, die sich der Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen widersetzen (70). Alibert (70a) sieht den Aufhebungsgrund bei

(62) Hierüber im folgenden

(63) Über die Einteilung I § 4a; Duez, aaO, S. 388, Laubadère, aaO, S. 207 f.

(64) Waline, aaO, S. 402

(65) Eisenmann, aaO, S. 185

(66) Über die verschiedenen Arten vgl. I § 4c).

solchen actes administratifs in der Verletzung einer individuellen, durch Gerichtsurteil gesetzten Norm. Andere dagegen (71) sehen den Aufhebungsgrund hierbei in der Verletzung eines allgemeinen ungeschriebenen Rechtssatzes, nach dem die Rechtskraft und die Unberührbarkeit der individuellen Wirkungen von Urteilen unbedingt beachtet werden müssen.

Von zunehmender Bedeutung sind die von den Gerichten entwickelten "principes généraux du droit", allgemeine Rechtsgrundsätze, die zumindest in dieser umfassenden Form nicht vom Gesetzgeber normiert wurden (72). Dazu gehören: die Gleichheit vor Gesetz und Verwaltung; der Satz, dass Grundrechte nur durch Gesetz eingeengt werden können; die Unparteilichkeit der Verwaltung, die Koalitionsfreiheit, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, das Rückwirkungsverbot (73), der Grundsatz der Achtung der Rechtskraft von Urteilen, der Satz "ne bis in idem", die Bestandskraft der subjektiven Rechtswirkungen (74), der Grundsatz der "Formenparallelität" (75).

All diesen Grundsätzen wird allgemein zumindest die gleiche Kraft und Ranghöhe wie Gesetzen zuerkannt, soweit sie nicht durch ausdrücklich abweichende gesetzliche Bestimmungen außer Kraft gesetzt wurden (76). Rivéro (77) stellt sie rangmäßig noch über das Gesetz und betrachtet Gesetze abweichenden Inhalts als Ausnahme, die den Bestand des Prinzips nicht in Frage stellen können. Der Conseil d'Etat

(67) Laubadère, aaO, S.207, Odent, aaO, S.580

(68) 26.3.1926, Boulounois, in D 1926.3.73.

(69) 3.7.1931, Ville de Clamart, in S 1932.3.1.

(70) CE 8.7.1904, Botta, in LWB, aaO, S. 46 f.

(70a) aaO, S. 259

(71) Bonnard, aaO, S.107, Duez, aaO, S.390, Laubadère, aaO, S.208, LWB, aaO, S.47 f.

(72) LWB, aaO, S.47 ff., Odent, aaO, S.583 f., Rivéro Juge, S.22 f., Waline, aaO, S.403

(73) Für réglements administratifs ergibt sich dieser Grundsatz bereits aus Art. 2 CC.

selbst hat sich weder über den Rang noch über die Art dieser Rechtsquelle geäußert (78).

Weil diese "allgemeinen Rechtsgrundsätze" erst neuerdings von der Rechtsprechung entwickelt wurden, unterscheidet Laubadère (79) sie als "konstruktives Werk der Rechtsprechung" zum Schutze der Grundrechte vom öffentlichen Gewohnheitsrecht als "verwaltungsrechtlicher Übung".

Nur ein Teil der hierunter verstandenen Gedanken ist Inhalt der Präambel der Verfassungen der 4. und 5. Republik. Rivéro (80) spricht von ihnen als den Grundsätzen der "politischen Philosophie der Nation", die allein aus richterlichem Willen entstanden seien. In der Rechtsprechung des Conseil d'Etat sieht er das Bestreben, mit naturrechtlichen Grundsätzen den Rechtsschutz zu verstärken. Dieses Bedürfnis bestehe dort, wo das geschriebene Recht eine solche Aufgabe nur mangelhaft erfüllt - sei es wegen seiner häufigen Änderungen, dem fehlenden Allgemeincharakter oder der unzulänglichen Abfassung. Der Conseil d'Etat habe damit die Kontinuität seiner liberalen Konzeption in den veränderten politischen Umständen sichern und deren Beachtung beim Verwaltungshandeln durchsetzen wollen. Wenn auch der Hohe Gerichtshof von diesen Prinzipien als objektiven Regeln spreche, deren Existenz er nur "feststelle", so sei er letztlich trotzdem ihr Schöpfer. Denn er wähle aus der Masse der Elemente, die das "nationale Gewissen" Frankreichs ausmachen, diejenigen aus, denen er den gleichen Respekt wie

(74) Die Einzelheiten dieses Grundsatzes sind Inhalt der Theorie über Rücknahme und Widerruf.

(75) Ein Rechtsakt kann nur durch einen anderen Akt in gleicher oder "ranghöherer" Form abgeändert werden.

(76) Duez, aaO, S.389, Jeanneau, aaO, S.166, Laubadère, aaO, S.211

(77) Juge, S.23

(78) Waline, aaO, S.405

(79) aaO, S.211

(80) Juge, S.21, ebenso Dupeyroux, aaO, S.77

dem geschriebenen Recht verschaffen wolle.

Anders Waline (80a): für ihn sind die "allgemeinen Rechtsgrundsätze" weder Naturrecht noch selbständige Rechtsquelle, sondern Teil des Gewohnheitsrechts. "Es gehört nicht zu den Aufgaben des Richters, solcherart positives Recht zu schaffen (81); denn er ist nicht Gesetzgeber". Der Conseil d'Etat leite sie aus dem allgemeinen Geist der Gesetzgebung und der herrschenden Meinung her. Darin zeige sich, daß ihre Anwendung als Gewohnheitsrecht erfolge. Die "Gewohnheit" ergebe sich aus ihrer Wirkung auf die Gesetzgebung und ihrer Anwendung durch den Gesetzgeber bei Abfassung der Gesetze.

Traditionelle ungeschriebene Rechtsquelle ist das Gewohnheitsrecht. "Die Rechtsprechung erkennt an, daß die von der Verwaltung angewandte Praxis Grundlage einer zwingenden Übung werden kann" (82). Bei Abweichungen von einem gewohnheitsmäßigen Rechtsgang kann jedoch nur dann Illegalität in Frage stehen, wenn die Verwaltung für einen Einzelfall von ihrer Übung abweicht. Da das Verwaltungsrecht dem Grundsatz der Opportunität unterliegt, sind die Behörden nicht gehindert, eine bestimmte Verfahrensweise oder Übung für immer aufzugeben (83).

Eisenmann (83a) vertritt in der Rechtsquellenlehre eine abweichende Ansicht. Ausgehend von einer formellen Betrachtungsweise ist er der Auffassung, im Verwaltungs-

(80a) aaO, S.406

(81) Dagegen Dupeyroux, aaO, S.76: "Der Grundsatz der Gewaltenteilung besagt nur, daß der Richter nicht durch eigenen Willensakt eine allgemeine und dauernde Rechtsregel schaffen darf, er verbietet aber nicht die Bildung von Rechtsgrundsätzen aufgrund ständiger Rechtsprechung".

(82) Laubadère, aaO, S.206

(83) Laubadère, aaO, S.209

(83a) aaO, S.185 f.

recht sei die Einteilung in geschriebene und ungeschriebene Rechtsquellen ohne Wert. In Wahrheit gebe es nur nichtverwaltungsmäßige (Verfassung, Gesetz, Rspr.) und verwaltungsmäßige (die verschiedenen Arten der *règlements administratifs*). Gewohnheit oder Verwaltungspraxis und die *principes généraux* seien an sich keine Rechtsquellen, weil sie vor ihrer Geltung als Recht einer frei zustande gekommenen gerichtlichen Bestätigung bedürfen. Zu dieser Anerkennung seien die Gerichte aber durch nichts verpflichtet. Unter der Bedingung allein, daß diese bestimmende Intervention eines Richters stattgefunden habe, seien sie materielle Rechtsquellen. Infolge ihrer Abhängigkeit seien sie aber unselbständig. Daher haben nach seiner Ansicht alle Rechtsquellen im Verwaltungsrecht entweder beim Gesetzgeber, der Verwaltung oder den Gerichten ihren Ursprung.

b) Die Theorie der " *circonstances exceptionnelles* "

Die oben aufgezeigten Rechtsquellen machen diejenigen Vorschriften aus, die von der Verwaltung bei ihrem Handeln eingehalten werden müssen. Merkmal des Rechtsstaates ist, dass der einzelne geschützt wird, wenn die Behörden nicht "*secundum legem*" handeln. Dennoch hat der Conseil d'Etat anerkannt, daß unter Umständen in schweren Krisenfällen auch noch die hierfür bereits gesetzlich vorgesehenen Sonderbefugnisse überschritten werden dürfen. "Denn Ausnahmesituationen können nur mit Ausnahmefugnissen gemeistert werden". Die zum Schutz des einzelnen für normale Zeiten vorgesehenen Ordnungsnormen würden beim Eintritt öffentlicher Notstände das Handeln der Staatsgewalt lähmen und damit die Wirksamkeit der Abwehrmaßnahmen beeinträchtigen.(84) Es sind zwar gewisse Sondervollmachten

(84) Waline, aaO, S.581

bereits vom Gesetzgeber vorgesehen (85). Damit werden aber nicht alle Fälle erfasst. Denn diese Befugnisse müssen in einem förmlichen Verfahren auf Grund einer bestimmten Situation (insbes. Krieg, bewaffneter Aufstand, schwere Störungen der öffentlichen Ordnung) erst verliehen werden. Sodann sind sie gegenständlich beschränkt und erfassen nur den Übergang der Strafgerichtsbarkeit auf die Militärgerichte, geben die Berechtigung zu Dauerverhören und erleichtern Verhaftungen und Aufenthaltsverbote, beschränken Freizügigkeit, Versammlungsrecht und Waffenbesitz. Damit ist jedoch noch nicht allen Erfordernissen zur Meisterung der Notstände Rechnung getragen. Die vom Conseil d'Etat entwickelte Theorie ist Grundlage für eine "Ausnahmelegalität". Voraussetzung ist, daß eine zur Wahrung der öffentlichen Ordnung unbedingt erforderliche Maßnahme bei Einhaltung der Ordnungsnormen nicht oder nicht rechtzeitig hätte getroffen werden können. Inhalt und Umfang dieser Ausnahmelegalität wird vom Richter ex post für jeden Einzelfall extra et contra legem festgelegt(86). Das Maß des Zulässigen richtet sich dabei nach der Natur der abzuwehrenden Gefahren.

Anwendung findet diese Theorie zur Ergänzung bereits verliehener Sondervollmachten, in Kriegs- und Kriegsfolgesituationen, unabhängig von einer späteren Verleihung von Sondervollmachten bei Notständen in Friedenszeiten (Katastrophen, Seuchen, Überschwemmungen). Selbst außerhalb allgemeiner Notstände können auch Einzelfälle hierunter fallen, bei denen der Gefahr schwerwiegender Ordnungsstörungen begegnet werden muss (87).

Diese Theorie ist keine bloße Anerkennung des Notwendigen als legal. Ihre Grundlage ist vielmehr die Auf-

(85) In einem älteren Gesetz über die Verhängung des Belagerungszustandes; in einem Notstandsgesetz vom 3.4.1955 (état d'urgence); die Sondervollmachten für die Regierung der 5. Republik

(86) Gabolde, aaO, S.43, Laubadère, aaO, S.228

gabe der Verwaltungsbehörden, die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten und Leistungen für die Gesamtheit zu erbringen. Nur wenn dieser Zweck bei strikter Einhaltung des Grundsatzes der Legalität nicht erreicht werden kann, kommt eine Suspendierung von ihm in Frage (88). Es haben sich Modifikationen ergeben für:

1) Kompetenzregeln durch

a) Ausdehnung des Bereiches hoheitlicher Betätigung im allgemeinen, wie etwa Warenverkäufe zur Behebung von Versorgungskrisen in lebenswichtigen Gütern (89);

b) Kompetenzausweitung auf Kosten anderer Organe, etwa solange die Regierung anstelle einer fehlenden Legislative deren Funktionen mit ausübt (provisorische Regierung von 1944) (90);

c) Anerkennung der Maßnahmen verwaltungsfremder Personen (91), wenn diese bei völliger Desorganisation des Verwaltungskörpers (so etwa im Juli 1940) im Gesamtinteresse Verwaltungs- und Satzungsbefugnisse von lokalen Organen ausüben, wie z.B. Verwaltungszwang und Abgabenerhebung (92).

2) Formvorschriften

Ausnahmsweise brauchen Formbestimmungen, selbst wenn sie eine wesentliche Rechtsgarantie zum Schutz der Beamten bei Disziplinarmaßnahmen darstellen, nicht eingehalten werden (93). Auch andere Formvorschriften können ausnahmsweise unbeachtet gelassen werden: die Absetzung eines

(87) Gabolde, aaO, S.42

(88) LWB, aaO, S.127, CE 29.3.1901, Casanova, in S.1901.3.73

(89) CE 28.3.1924, Genet, in RCE S.347

(90) CE 164.1948, Laugier, in RCE S.161: mit Konstituierung der Legislative verlieren diese Quasi-Gesetze ihre Wirkung

(91) vgl. auch unten § 3 d)

(92) CE 7.1.1944, Lecocq, in RCE S.5;

(93) CE 28.6.1918, Heyres, bei LWB, aaO, S.121

Bürgermeisters durch den Präfekten ohne die vorgesehene Form, eine Beschlagnahme ohne Bescheinigung der betroffenen Gegenstände (94).

3) Gegenstand und Inhalt der Maßnahme:

Wenn circonstances exceptionelles vorliegen, können zulässig sein

- a) die Einschränkung der persönlichen Freiheit über das sonst zulässige Maß hinaus (95);
- b) die Erhebung neuer Steuern (96);
- c) die Einlieferung einer Person in ein Gefängnis anstatt in ein Internierungslager wegen drohender Gefährdung der nationalen Verteidigung und weil das nächste Lager zu weit entfernt liegt(97);
- d) die Weigerung der Verwaltung, ein Gerichtsurteil zu vollstrecken wegen der Gefahr schwerer Unruhen durch einen Eingeborenenaufstand oder von Ausschreitungen bei Streik (98).

Einem Missbrauch dieser ausgedehnten Befugnisse, insbesondere ihrer Anwendung außerhalb unmittelbarer Notstände, hat der Conseil d'Etat vorgebeugt: zeitlich und örtlich sind sie auf die tatsächliche Ausnahmesituation beschränkt (99). Demgemäß erstreckt sich die richterliche Kontrolle dieser Maßnahme auf alle ihre Voraussetzungen, den tatsächlichen Umfang und ihre Erforderlichkeit. Ausnahmesituationen können nie dazu führen, einen überflüssigen oder unzweckmäßigen acte administratif zu legitimieren. Jede Maßnahme muss mit dem Zweck übereinstimmen, in dessen

-
- (94) CE 16.5.1941, Courrent, in RDP 1941 S.542;
10.11.1944, Auvray, in RCE S.291
 - (95) CE 6.8.1915, Delmotte, in S.1916.3.9
 - (96) TC 8.7.1914, Soc.Raffineries Say, in RCE S.337
 - (97) CE 19.2.1947, Bosquain, in RCE S.633
 - (98) CE 30.11.1923, Couitéas, in S.1923.3.57; 3.6.1938, Soc.St. Charles, in RDP 1938 S.374

Interesse die Sonderbefugnisse zugestanden werden (100). Rechtfertigt werden sie nur durch eine tatsächliche Zwangslage. Diese durfte keine andere Wahl lassen, als das Gesetz zu verletzen, weil anders eine vordringliche öffentliche Aufgabe nicht hätte erfüllt werden können. Nur unter diesen Umständen wird dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns kein Vorrang eingeräumt. Entspricht eine Maßnahme nicht diesen engen Voraussetzungen, dann ist sie eine "Gewaltmaßnahme" (voie de fait) und zieht eine Schadensersatzpflicht nach sich (101).

§ 3. Unzuständigkeit

Grundlage der Zuständigkeit sind entweder das Gesetz oder die "allgemeinen Rechtsgrundsätze" (1). Zuständigkeitsfehler sind krasse Fehler (2) und daher immer erheblich. Sie gehören nicht zu den vom Urheber selbst heilbaren Mängeln. Ebenso wenig sind sie behebbar durch bloße Bestätigung der zuständigen Stelle (3); erforderlich ist dazu vielmehr ein Akt, der Neuvernahme mit Wirksamkeit ex nunc gewertet werden kann.

Die Zuständigkeitsmängel werden unterteilt nach zwei Gesichtspunkten:

- 1) in örtliche, zeitliche und sachliche Unzuständigkeit (4);
- 2) nach der Schwere der Fehlerhaftigkeit in Amtsanmaßung (usurpation de fonction), bei der sich verwaltungsfremde Personen in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einmischen oder Verwaltungsbeamte in nichtverwaltungsmäßige, und Amtsüberschreitung (empiètement de fonction), bei der

(99) Gabolde, aaO, S. 42 f., Laubadère, aaO, S. 232, LWB, aaO, S. 127, Theis, aaO, S. 18

(100) Anm. F.H. in S. 1947.3.39; LWB, aaO, S. 123

(101) Laubadère, aaO, S. 233

eine Behörde in den Aufgabenkreis einer anderen eingreift (5).

a) Örtliche Zuständigkeit

Da im allgemeinen der örtliche Zuständigkeitsbereich klar abgegrenzt ist, wird er verhältnismäßig selten überschritten (6). Fehlerfolge ist allgemein die Aufhebbarkeit. Daher ist auch eine Abgrenzung nach der Schwere der Verfehlung überflüssig. Im Gegensatz hierzu können im deutschen Verwaltungsrecht offensichtliche Verletzungen der funktionellen Zuständigkeit kraft Belegenheit der Sache zur Nichtigkeit führen (7). In Frankreich kennt man den Begriff der funktionellen Zuständigkeit nicht.

b) Zeitliche Unzuständigkeit

Die zeitliche Unzuständigkeit ist häufiger ein Aufhebungsgrund. Dieser in Deutschland nicht gebräuchliche Begriff wurde erstmalig in den Ausführungen des commissaire du gouvernement Teissier zu der Entscheidung Le Bigot (8) gebraucht. Jêze hat, hiervon ausgehend, eine "Theorie der zeitlichen Unzuständigkeit" entwickelt. (9)

Alle Erscheinungsformen der zeitlichen Unzuständigkeit haben ein gemeinsames Kennzeichen: zu einem anderen Zeitpunkt vorgenommen, wäre der Akt ordnungsmäßig gewesen. Das trifft z.B. zu, wenn eine Entscheidung ergeht vor Inkrafttreten des Gesetzes, das die Zuständigkeit hierzu verleiht (10); wenn ein Beamter oder ein Organ nach Amtsablauf

-
- (1) Laubadère, aaO, S.383, Waline, aaO, S.392
 - (2) "vice radicale" (Laubadère, aaO, S.383)
 - (3) Duez, aaO, S.386, Laubadère, aaO, S.383, Liet-Veaux, aaO, no.88; CE 2.11.1939, Wagner, in RCE S.547; abweichend Waline, aaO, S.397 mit Bezug auf CE 1.10.1954 in D. 1955 J 21, Dame Bonnetblanc.
 - (4) Duez, aaO, S.385, Waline, aaO, S.393
 - (5) Laubadère, aaO, S.383; sachlich ebenso Duez, S.385, mit den Begriffen absolute und relative Unzuständigkeit. Odent, aaO, S. 557, fasst beide Gesichtspunkte zusammen und unterscheidet Amtsanmassung sowie örtliche, sachliche und zeitliche Unzuständigkeit.

und ohne reguläre Interimszeit oder außerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist (11) eine Entscheidung trifft. Hierbei hat die Unzuständigkeit ihren Ursprung in den subjektiven Verhältnissen des Urhebers eines acte administratif. Der Grund kann aber auch in der Materie liegen, über die ein Verwaltungsakt ergeht; es dürfen nur Fälle entschieden werden, die wirklich zur Entscheidung anstehen. Häufige Verstöße hiergegen geschehen bei Ernennung von Beamten in Verwaltungsstellen, die noch nicht vakant sind (12). Dadurch würde vor Entscheidungsreife eine Beeinträchtigung der Befugnisse eines möglichen Amtsnachfolgers eintreten, da dieser an die von seinem Vorgänger getroffenen Entscheidungen gebunden wäre (13).

Nicht ganz eindeutige Grenzfälle, bei denen zwar das zeitliche Element eine gewisse Rolle spielt, wobei jedoch nach der traditionellen Einteilungsmethode andere Gesichtspunkte als dominierend angesehen werden, sind folgende (14):

1) Beim Erlass der Maßnahme handelt eine Verwaltungsbehörde mit Entscheidungsbefugnis. Diese durfte zum fraglichen Zeitpunkt jedoch nicht ausgeübt werden, weil ein Kollegialorgan außerhalb seiner gesetzlichen Sitzungsperiode tätig geworden war (15).

2) In einem Akt wird ein Gesetz oder règlement administratif zu einem Zeitpunkt angewandt, an dem dieses nicht mehr in Kraft war (16).

3) Eine Entscheidung bezieht sich auf eine Verwaltungsstelle, die inzwischen einer anderen Behörde angegliedert

(6) Waline, aaO, S.393

(7) Forsthoff, aaO, S.211 f.

(8) CE 17.5.1907 in RCE S.460

(9) Jèze, aaO, III S.191 f.

(10) CE 8.11.1946, Dillard, in RCE S.262

(11) über Ausnahmen vgl. folgenden Absatz

(12) CE 11.3.1931, Apcher, in D.1932.3.7 und Waline, aaO, S.393

(13) Jèze, aaO, III S.192. Eine Ernennung in eine bereits bestehende freie Stelle ist dagegen zulässig selbst

wurde (17).

4) Ein Gesetz schreibt eine bestimmte Frist vor, innerhalb derer die Maßnahme ergriffen werden soll. Abgesehen von Bestimmungen mit ausdrücklich imperativem Charakter (18) betrachten die Gerichte derartige Verfahrensfristen nicht als zwingend. Eine nach Fristablauf ergangene Maßnahme kann also dennoch unanfechtbar sein (19). Den Fristbestimmungen wird hier nur indikative Bedeutung beigemessen. Man sieht in ihnen lediglich den Wunsch des Gesetzgebers, das Gesetz unverzüglich anzuwenden. Demgemäß soll die Mißachtung eines derartigen "Wunsches" nicht zur Anfechtung berechtigen (20).

Grundsätzlich kann sich jede Zuständigkeit nur innerhalb der festliegenden zeitlichen Grenze zwischen Übertragung eines Amtes und dessen Ablauf oder Beendigung auswirken. Trotzdem hat der Conseil d'Etat in einigen Ausnahmefällen nicht ohne weiteres aus allen Verstößen hiergegen die Aufhebbarkeit gefolgert. Trotz Ablaufs der Amtszeit kann ein Beamter in bestimmten Fällen seine Aufgaben bis zur Einsetzung eines Nachfolgers ausüben. Das gilt für den Bürgermeister, die Beigeordneten und ganz besonders für abgetretene Regierungen. Allerdings beschränken sich die Befugnisse dann auf die Wahrnehmung der laufenden Angelegenheiten (*affaires courantes*), Maßnahmen ohne bedeutsame Bindungswirkung für die Zukunft (21).

unmittelbar vor dem Abtreten einer Regierung, ebenso die Aufnahme in eine Beförderungsliste (Lachaze, aaO, S. 67)

(14) Auby, aaO, S.9 f.

(15) Art.34 des G.v.10.8.1871 für den Conseil Général und Art.63 des G.v. 5.4.1884 für den Gemeinderat.

(16) Waline, aaO, S.393 fasst diesen Fall als zeitliche Unzuständigkeit auf.

CE 16.10.1946, Charrier, in RCE S.233

(17) CE 16. 7.1948, Corfa, in RCE S.617

(18) Er ergibt sich entweder aus dem Gesetz direkt oder auf Grund richterlicher Interpretation des Gesetzes.

(19) CE 6.2.1947, Vve. Arnaud, in RCE S.49

(20) CE 31.3.1950, Soc.mutualiste, in RCE S.212

Inwieweit durch diese Begrenzung die reguläre Kompetenz eingeengt wird, lässt sich insbesondere für die Regierungen trotzdem nicht allgemein definieren; es hängt vielmehr von der jeweiligen konkreten Sachlage ab. Leitsatz ist, daß die Kontinuität der Staatsfunktionen nicht durch Regierungswechsel beeinträchtigt werden darf. Das kann dazu führen, daß in Dringlichkeitsfällen alle Verfügungen getroffen werden dürfen, die normalerweise zur Zuständigkeit gehören (22), daß also keine Begrenzung auf die alltäglichen Routinemaßnahmen besteht. Waline (23) sagt: "Affaires courantes sind die dringenden sowie die rein verwaltungsmäßigen Verfügungen ohne weitreichende Bedeutung oder politische Tragweite" (24).

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen sind laufende Angelegenheiten grundsätzlich alle Einzelverfügungen, laufende Beförderungen, règlements administratifs, sofern sie keine dauernde organisatorische Veränderung einer Verwaltungsstelle oder eines rechtlichen Status anordnen (25).

Obwohl der Begriff der zeitlichen Unzuständigkeit weit verbreitet ist, wird er nicht allgemein verwandt. Auby (25a) folgert aus dem Ergebnis seiner eingehenden Analyse der hierunter verstandenen Sachlagen, daß die "zeitliche Unzuständigkeit" eine künstliche Konstruktion sei. Jede Zuständigkeit enthalte zwar ein zeitliches Element, aber das Rückwirkungsverbot (principe de la nonrétroactivité) und der "fehlerhafte Grund" seien besser geeignet, die

(21) Alibert, aaO, S.194, Lachaze, aaO, S.66, Laubadère, aaO, S.385, Virally, aaO, No.80

(22) Lachaze, aaO, S.66

(23) in RDP 1952 S.1029

(24) "Dringende Maßnahmen" in diesem S. sind keine Anwendungsfälle der "théorie des circonstances exceptionnelles ..." (II § 2 b); denn hier hält sich eine Behörde noch innerhalb der verwaltungsmäßigen Zuständigkeit, wogegen dort eine erweiterte Kompetenz begründet wird.

(25) Lachaze, aaO, S.67

(25a) aaO, S.60 u. S.7

Aufhebungsursache in den bezeichneten Fällen zu erklären. Ausgehend vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der actes administratifs untersucht er die Fehlerursache in Fällen, wo die Rechtswirkungen vor das Inkrafttreten zurückgreifen, und diejenigen, wo sie erst zu einem späteren Zeitpunkt beginnen. Die erste Gruppe ist nach Auby aufhebbar wegen eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot, die zweite, weil zur Zeit der Vornahme des Aktes kein echter, aktueller Rechtsgrund zu seiner Vornahme gegeben war, wie ja das Hinausschieben der Wirkungen beweise (26).

In der Verschiedenheit dieser Auffassungen zeigt sich wieder, wie sehr die einzelnen Aufhebungsgründe miteinander zusammenhängen und ineinander übergehen. Daher ist in einer Vielzahl von Fällen eine eindeutige Eingruppierung nicht möglich (27). Hauptursache ist insbesondere die strenge Bindung an die Systematik der 4 oder 5 Fehlertatbestände. Denn sie läßt zuwenig Spielraum für die zahlreichen Zwischenformen der Mängel.

c) Sachliche Unzuständigkeit

Häufigste Erscheinungsform der incompetence ist die sachliche Unzuständigkeit. Ihr unterliegen erstens alle Materien, von denen die Verwaltung ausgeschlossen ist, weil dafür kraft Verfassung oder Gesetz der Gesetzgeber, die Gerichte oder Privatpersonen zuständig sind (28).

(26) De Soto (Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux, Thèse, Paris, 1941 S.129, zit. bei Dupeyroux, aaO, S.172) zieht demgegenüber die entgegengesetzte Folgerung: jeder Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot ist eine zeitliche Kompetenzverfehlung.

(27) Gazier, aaO, S.83

(28) Laubadère, aaO, S.383, bezeichnet sie als usurpation de fonction (Amtsanmaßung); Odent, (aaO, S.557 f.) spricht von usurpation de pouvoir; sachlich zählt er hierzu auch die fonctionnaires de fait, Per-

Neben diesen schweren Verfehlungen fallen hierunter alle Eingriffe in die Kompetenz einer über- oder untergeordneten Behörde (29).

Allein bei der sachlichen Zuständigkeitsverfehlung bestehen im französischen Verwaltungsrecht Schwierigkeiten in der Abgrenzung der Fälle bloßer Aufhebbarkeit von denjenigen, die Laubadère (29a) als "Nichtigkeit i. weit. S.", als besonders krasse Fehlerhaftigkeit bezeichnet, weil die Rechtsprechung keinen eindeutigen Standpunkt über diese Unterscheidung einnimmt. Immerhin handelt es sich bei der großen Mehrzahl der Verletzungen sachlicher Zuständigkeit nur um aufhebbare Akte. Selbst Kompetenzverfehlungen zwischen Behörden verschiedener Rangstufen oder krasse Ressortüberschreitungen, die in Deutschland beide zur Nichtigkeit führen können (30), fallen bis zu ihrer Aufhebung unter die Gültigkeitsvermutung. Abgesehen von den wenigen Fällen der usurpation werden daher alle Zuständigkeitsverfehlungen gleichermaßen als Aufhebungsgrund gewertet. Im hierarchischen Verwaltungsaufbau herrscht bis auf gesetzliche Ausnahmen der Grundsatz, daß die Zuständigkeit der übergeordneten Stellen nicht zugleich auch die ihrer untergeordneten mitumfaßt, die der Zentralbehörden nicht diejenige der dezentralisierten und umgekehrt (31).

Bei vertikalen Kompetenzverfehlungen in umgekehrter Richtung, wenn sich eine untergeordnete Behörde Befug-

sonen, die in Krisenzeiten öffentliche Interessen wahrnehmen, ohne zur Verwaltung zu gehören, sowie demissionierte Regierungen.

(29) Laubadère, aaO, S. 385: empiètement de fonction

(29a) aaO, S. 216, vgl. auch oben II § 1 b)

(30) Forsthoff, aaO, S. 214

(31) Laubadère, aaO, S. 384, Odent, aaO, S. 561, Waline, aaO, S. 396, Virally, aaO, no. 82, CE 28.10.1949, Yasri, in D 1949, J 303; anders hat der Conseil d'Etat nur einmal entschieden, als ein décret des Staatsoberhauptes erging anstelle eines ministeriellen arrêté (22.2.1946, Botton, RCE S. 58)

nisse der übergeordneten zu-spricht, ist gleichermaßen Aufhebbarkeit die Folge. Hierbei ergeben sich indes Fragen nach der Möglichkeit stellvertretender Handlungen oder nach der Befugnis und dem Umfang von Zuständigkeits- oder Aufgabenübertragungen (délégations de compétence oder de signature) (32). Bei derartigen Übertragungen handelt es sich um eine Aufgabenüberweisung, die zeitlich und gegenständlich begrenzt und an einen untergeordneten Beamten erfolgt, der in dem Übertragungsakt bezeichnet wird und der unter Kontrolle und Verantwortung des Delegenten tätig wird (33).

Nur wenn die untergeordnete Behörde kraft einer wirk-samen und noch gültigen Aufgabenübertragung gehandelt hat, können ihre Entscheidungen wirksam sein (34).

Aus der zentralen Bedeutung der Zuständigkeit im öffentlichen Recht folgern die Mehrzahl der französi-schen Autoren den Grundsatz der Bindung an die Zustän-digkeit und deren Unübertragbarkeit (35). Wird eine Über-tragung der Zuständigkeit durch Gesetz vorgesehen und zugelassen, dann wird diese Regel nicht durchbrochen, weil nun keine Kompetenzübertragung im eigentlichen Sinne mehr erfolgt, sondern nur eine Anwendung des Ge-setzes (36). Die in Anwendung einer solchen Aufgabenüber-

-
- (32) Die praktische Bedeutung dieser Fragen ist erheb-lich.
- (33) Definition in Anm. J. G., D. 1950 J 78
- (34) Von diesen "Übertragungen" ist die Stellvertretung (suppléance) zu unterscheiden, bei der anstelle eines verhinderten oder verstorbenen Beamten dessen Aufgaben von einem gesetzlich bestimmten anderen wahrgenommen werden. Sie ist unabhängig von jeder Übertragungshandlung und wirkt nur in den im voraus gesetzlich festgelegten Fällen für die Dauer der Verhinderung (Liet-Veaux, aa0, no. 37 f., Odent, aa0, S. 564, Virally, aa0, no. 86, Anm. J. G. in D. 1950 J 77; CE 20.4.1951, Martin et Diefen-thal, in RCE S. 201).
- (35) Laubadère, aa0, S. 384; Laferrière, aa0, S. 796, Liet-Veaux, aa0, no. 42; Waline, aa0, S. 393 anerkennt einen sol-chen Grundsatz nicht, offensichtlich wegen der An-

tragung ergangenen Maßnahmen sind echte Verfügungen der erlassenden Behörde. Daher finden die bei ihr gebräuchlichen Verfahrensbestimmungen Anwendung, sofern keine anderen vorgeschrieben sind. Nunmehr ist diese Stelle allein kompetent und die übergeordnete Stelle ausgeschlossen (37). Der Conseil d'Etat hat dennoch bei diesen Fragen keine formalistische Stellung bezogen. Sobald die alleinzuständige untere Behörde nur irgendwie beim Erlaß der Entscheidung mitgewirkt hat, ist diese wirksam (38).

Anders als bei diesen vollen Kompetenzübertragungen verhält es sich bei der Übertragung einer einzelnen Obliegenheit, wie insbesondere der Unterzeichnungsbefugnis. Die ermächtigten Beamten oder Organe leisten ihre Unterschriften nur anstelle der delegierenden Behörde. Daher verbleibt bei dieser weiterhin die Zuständigkeit und kann auch jederzeit von ihr selbst wahrgenommen werden. Diese Art der Übertragung bewirkt daher nur eine einfache Ersetzung der betreffenden Handlung (39). Voraussetzung für sie ist ein ausdrücklicher Ausspruch des Übertragenden, in dem der Ermächtigte, die betroffenen Akte und die Umstände seines Eingreifens festgelegt werden müssen, sowie die Bedingungen einer Kompetenzwahrnehmung durch den Delegenten selbst. Ist ein bestimmter Beamter ermächtigt worden, dann endet die Befugnis mit dessen Versetzung oder Dienstbeendigung; anders ist es lediglich bei der nicht persönlich gebundenen Delegation auf eine Dienststelle. Diese letztere Art ist indes nicht häufig, weil Übertragungen von Obliegenheiten als Vertrauensakte meist

zahl der zulässigen Ausnahmen - jedoch ohne Begründung

(36) Laubadère, aaO, S.384

(37) Odent, aaO, S.562, 564, Virally, aaO, no.85,
Waline, aaO, S.396, Anm. J.G. in D. 1950 J 303;
CE 27.2.1948, Frécain, in RCE S.97

persönlich gebunden sind (40).

Eine Weiterübertragung einer Obliegenheit darf nur durch diejenige Behörde erfolgen, der sie eigentlich zusteht, weil nur sie über die volle Kompetenz verfügt (41).

Die Gültigkeitsvoraussetzungen einer Übertragungshandlung ergeben sich im allgemeinen aus den dazu ermächtigenden Bestimmungen. Deren Grenzen und Einschränkungen müssen eingehalten werden (42). Fehler im Übertragungsakt oder dessen gänzliches Fehlen können nachträglich nicht mehr rückwirkend geheilt werden (43). Als Ausnahmen sind alle Übertragungsmaßnahmen eng auszulegen (44).

Über die Frage, inwieweit die Kompetenz oder Unterzeichnungsbefugnis auch auf Grund eines décret übertragbar ist, hat sich der Conseil d'Etat in einer Reihe von Entscheidungen ausgesprochen (45). Diese haben jedoch eher zu einer Verwirrung als zu einer Klärung geführt. Es besteht Streit darüber, wann ranghöhere Normen oder Kompetenz- und Rechtsschutzgarantien solchen Dekreten entgegenstehen. Außerdem ist unklar, ob und

-
- (38) CE 26.10.1945, Mattei, in RCE S.214
 - (39) Odent, aaO, S.562, Virally, aaO, no.83
 - 40) Liet-Veaux, aaO, no.36 f., Odent, aaO, S.563, Virally, aaO, no.84
 - (41) Waline, aaO, S.393 Anm.1
 - (42) Die Gültigkeitserfordernisse brauchen in Ausnahmefällen, bei höherer Gewalt und in Krisenzeiten, nicht eingehalten zu werden. So haben z.B. die Militärbehörden in Kriegszeiten ohne besondere Ermächtigung eine allgemeine Übertragungsbefugnis (CE 26.6.1946, Viguiet, in RCE S.179, LWB, aaO, S.123, Liet-Veaux, aaO, no.90, Virally, aaO, no.110), dem dürfen andere Dringlichkeitsfälle jedoch nicht gleichgestellt werden (Waline, aaO, S.396).
 - (43) Laubadère, aaO, S.383, Liet-Veaux, aaO, no.33, Waline, aaO, S.397
 - (44) CE 10.1.1951, Dewavrin, in RCE S.307
 - (45) so z.B. CE 1.2.1946, Leriote, in RCE S.31; 23.11.1949 Fort, in RCE S.498; 5.6.1953, Jamet, in RCE S. 261

inwieweit Unterschiede zu machen sind zwischen der vollen Kompetenzveränderung und der bloßen Aufgabenübertragung, wie etwa der Unterzeichnungsbefugnis.

Olivier (46) ist der Auffassung, echte und volle Kompetenzübertragungen seien funktioneller Natur; dies mache es notwendig, ihre Zulässigkeit an eine Gestattung durch Gesetz zu binden. Die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben, wie etwa der Unterzeichnungsbefugnis, müsse hingegen infolge ihres "persönlichen" Charakters auch auf Grund eines Dekretes gültig delegiert werden können. In einer Gegenmeinung (47) wird allein davon ausgegangen, daß gesetzliche Kompetenzgarantien nicht durch eine rangniedere Vorschrift entkräftet werden können. Eine bloße verwaltungsinterne Aufgabenverteilung, wie etwa die Übertragung der Unterzeichnungsbefugnis, verändere keine Zuständigkeit. Denn die Unterschrift des Ermächtigten werde als vom Delegenten herrührend angesehen. Daher genüge hier ein Dekret der für die Aufgabenverteilung zuständigen übergeordneten Behörde.

Über das Erlöschen der Wirksamkeit von Übertragungsakten demissionierter Regierungen hat der Conseil d'Etat höchst subtile Unterscheidungen getroffen (48). Grundsätzlich endet die Befugnis zur Vornahme der übertragenen Obliegenheiten mit der Amtsbeendigung des Übertragenden (49). Wenn jedoch ein gestürzter Minister im gleichen Amt dem folgenden Kabinettt wieder angehört und infolge der üblichen Interimszeit ohne Unterbrechung seine Tätigkeit ausgeübt hat, kann die Delegation ohne Unterbrechung wirksam bleiben (50).

(46) aaO, S.379

(47) Liet-Veaux, aaO, no.79, Odent, aaO, S.563, Virally, aaO, no.94

(48) Virally, aaO, no. 104

(49) Odent, aaO, S.563

(50) CE 9.3.1951, Verbeke et Lacroix, in RCE S.144;
18.2.1953, Soc.des Ambassadeurs, in RCE S.600.

Das gilt allerdings nur für Beamte seines Ressorts. Eine Übertragung auf ein anderes Kabinettsmitglied dagegen soll in jedem Falle hinfällig sein, weil dieses im Gegensatz zu den Ressortbeamten neu investiert werden mußte (51). Diese Rechtsprechung läuft den sonst allgemein bestehenden Grundsätzen über die *délégation de signature* zuwider (52).

d) Die "théorie des fonctionnaires de fait"

Sie stellt sich dar als Korrektiv gegen die üblichen Folgen der Unzuständigkeit (53). Akte von verwaltungsfremden Personen, die regelmäßig als *usurpateurs de fonctions* angesehen werden müssten (54), aber auch Entscheidungen von völlig unzuständigen oder fehlerhaft bestellten Beamten können nach dieser Ausnahmetheorie als gültig angesehen werden (55). In Deutschland waren ähnliche Fragen akut bei Maßnahmen der Arbeiter- und Soldatenräte von 1918 und der Revolutionsausschüsse von 1920 im Rheinland. Soweit sie im Gesamtinteresse zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gehandelt hatten, wurden deren Maßnahmen in den meisten Fällen als rechtswirksam angesehen (56). Diese Ausnahmetheorie erlangt Bedeutung unter zwei Gesichtspunkten:

1) Unter außergewöhnlichen politischen Verhältnissen, beim Stillstand der Verwaltungstätigkeit, beruht sie auf dem Gedanken der notwendigen Wahrnehmung bestimmter

(51) CE 13.7.1951, Soc. protectrice des animaux, in RCE S.403

(52) Waline, aaO, S.397

(53) Hierüber insbesondere Jèze, aaO, II S.285 f., ferner Laubadère, aaO, S.385, Waline, aaO, S.383

(54) Über diesen Begriff vgl. vor Abschnitt a) dieses §.3

(55) Laubadère, aaO, S.385

(56) RGZ Bd. 104, S.261, 348, 362

Verwaltungsaufgaben (57). Anwendungsfälle sind gegeben in Perioden tiefgreifender Desorganisation wie 1940 (58), bei Maßnahmen der Pariser Kommune von 1871 (59), bei bestimmten Verfügungen der Vichy-Regierung (60) und schließlich bei den Maßnahmen der comités communaux de libération im Jahre 1944 (61).

Nicht hierzu gehören die "gouvernements de fait", Regierungen, die nach dem Abtreten der vorausgehenden endgültig und tatsächlich die volle Gewalt ausüben, ohne jedoch entsprechend dem verfassungsmäßigen Verfahren eingesetzt worden zu sein (z.B. die Nationale Verteidigungsreg. von 1870, die vorläufige Regierung von 1944). Deren Maßnahmen werden als rechtswirksam angesehen, weil sie von einer Institution herrühren, welche faktisch die Macht der Regierung ausübte (62). Ihre Mitglieder und die von ihnen zu Beamten ernannten Personen gelten als rechtmäßig bestellt.

2) Während normaler Perioden erfordert es der Rechtschein einer bestimmten Person, deren Akte zu Lasten der Verwaltung aufrechtzuerhalten. Voraussetzung dazu ist, daß eine fehlerhafte Wahl, Ernennung oder Aufgabenübertragung vorliegt und daß der Öffentlichkeit dieser

-
- (57) Odent, aaO, S.558; vgl. auch § 2 b)
(58) CE 5.3.1948, Marion et autres, in S. 1948.3.53.
(59) Sie sind durch Gesetz vom 19.7.1871 für wirksam erklärt, soweit es sich um notwendige Verwaltungsdienste, wie z.B. einen Eheschluß, handelte; im übrigen wurden sie jedoch als revolutionär und unrechtmäßig angesehen (Cass.27.11.1872 in S.1873.1.259).
(60) Gültig sind die actes administratifs individuels (CE 28.5.1948, Deschamps, in S.1948.3.98). Verfassungs-, Gesetzgebungs- und Verordnungsmaßnahmen dieser Regierung wurden hingegen als nichtig angesehen, wobei allerdings die Nichtigkeit nachträglich ausdrücklich erklärt werden musste, um durchzugreifen (Laubadère, aaO, S.386).
(61) CE 14.5.1942, Nicot, in RCE S.642: Gültigkeit einer Maßnahme wegen absoluter und dringender Notwendigkeit.
(62) Theis, aaO, S.6, Laubadère, aaO, S.386

Mangel verborgen geblieben ist. Jèze (63) bezeichnet diese Fälle als "investiture plausible". Die erlassenen Akte sind vollwirksam, solange die fehlerhafte Berufung der Person nicht aufgehoben ist (64). Diese französische Lösung entspricht der deutschen in gleichen Sachlagen (65).

§ 4. Formverstöße

Als "vice de forme", Formmangel oder Formverstoß, bezeichnen die französischen Autoren allgemein das gleiche, was man in Deutschland als Mängel in der Besetzung einer Behörde, Verfahrensmängel und Mängel in der Form, in welche der VA zu kleiden ist, versteht. Rechtsquelle der Formbestimmungen können im französischen Recht Gesetz und règlement administratif sein, aber auch die ungeschriebenen "allgemeinen Rechtsgrundsätze" (1) (2).

Die französische Regelung der Formfragen unterscheidet sich von der deutschen darin, daß dort äußerstenfalls eine Verfehlung zur Aufhebung führen kann; auf Nichtigkeit erkennt der Conseil d'Etat nicht (3). Außerdem besteht die bemerkenswerte Abweichung, daß in Frankreich zwar Unzuständigkeit, Rechts- und Ermessensmißbrauch grundsätzlich mit Aufhebung bedroht sind, es sich aber nicht so verhält bei Formverstößen; nicht jede Formvor-

(63) aaO, II S.299

(64) CE 27.2.1901, Elect. de Sainte Marthe, in RCE S.224

(65) §§ 34 DBG, 12 BBG, 9 BRRG

Odent, aaO, S.558, gruppiert hier auch die Zuständigkeit der demissionierten Regierungen zur Erledigung der laufenden Angelegenheiten ein. Denn, nach strengem Recht beurteilt, müsse eine Regierung mit ihrem Sturz oder der Annahme ihres Rücktrittsgesuches alle ihre Befugnisse verlieren.

(1) Laubadère, aaO, S.387

schrift führt bei Nichtbeachtung zur Fehlerhaftigkeit (4). Demgegenüber Forsthoff (4a): "Die gesetzliche Bindung des VA an eine bestimmte Form bedeutet, daß er nur in der vorgeschriebenen Form in Wirkung treten kann".

Im französischen Recht wird unterschieden zwischen wesentlichen und unwesentlichen Formerfordernissen (formalités substantielles oder essentielles und formalités accessoires oder secondaires) (5). Nur dann haben Formfehler (6) eine echte Fehlerfolge und sind aufhebbar, wenn sie sich auf gesetzliche Garantien zu Gunsten eines einzelnen beziehen - was nicht für alle Verfahrensbestimmungen gilt, selbst wenn sie in Gesetzen enthalten sind (7). Das ist der Standpunkt der Gerichte; sie suchen in ihren Entscheidungen das Gleichgewicht zu wahren zwischen zwei Gesichtspunkten:

- 1) Zum großen Teil sind die verwaltungsrechtlichen Formvorschriften im Interesse der einzelnen erlassen. Das erheischt deren Beachtung.
- 2) Ein überspitzter Formalismus hingegen würde den Arbeitsablauf der Verwaltung verlangsamen (8).

Zwischen diesen beiden Klippen nehmen die französischen Gerichte einen Mittelweg und prüfen, ob das jeweilige konkrete Formerfordernis "wesentlich" oder "unwesentlich" ist. Die unwesentliche Formbestimmung ist selbst dann keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Akt, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben ist. Das ist eine bemerkenswerte Abweichung vom Grundsatz der Legalität der Verwal-

(2) Waline, aaO, S. 399

(3) Auby, inexistence, S.208 f., Laubadère, aaO, S.387

(4) Anm. Virally in D 1955 J 330

(4a) aaO, S.218

(5) Laubadère, aaO, S.387

(6) Die Unterzeichnung eines acte administratif richtet sich nicht nach Formgrundsätzen, sondern nach den Zuständigkeitsregeln (Virally, aaO, no.80).

(7) Virally, aaO, no.117, und Anm. in D 1955 J 330.

(8) Alibert, aaO, S.230, Duez, aaO, S.387; Laubadère, aaO, S.387, Waline, aaO, S.397

tung. Die Rechtswirksamkeit der Verwaltungsmaßnahme wäre genau dieselbe, wenn die fehlende Formalität erfüllt wäre (9).

Wesentlich ist eine Formvorschrift einmal in den wenigen Fällen, für die das Gesetz ausdrücklich Verstöße mit der Aufhebbarkeit geahndet sehen will. Schweigt das Gesetz über die Aufhebbarkeit, dann untersuchen die Gerichte, ob die Formbestimmung eine Garantie zu Gunsten eines einzelnen hatte begründen sollen. Darüber hinaus haben sie auch die Kausalität untersucht: würde die Einhaltung der vorgeschriebenen Form die endgültige Entscheidung geändert haben? Bejahendenfalls war dies ein Grund zur Aufhebung (10). Eine Definition oder ein genaueres Kriterium anzugeben für die wesentliche Formbestimmung ist nicht möglich (11). Denn in seinen Erkenntnissen geht der Conseil d'Etat zu sehr von der jeweiligen Sachlage aus. Daher kann der Standpunkt der Rechtsprechung nur mit einigen Beispielen erläutert werden.

Als wesentlich wurden angesehen, soweit gesetzlich vorgeschrieben:

(9) Virally, Anm. in D 1955 J 330

(10) Waline, aaO, S.398.

In CE 10.7.1954, Féd.des conseils de parents ..., in D 1955 J 330, wird die fehlende Mitunterschrift eines Ministers unter ein Dekret als wesentlich angesehen, obwohl diese Verfügung dadurch nicht inhaltlich abweichend ausgefallen wäre, weil er selbst es ausgearbeitet hatte. Virally erklärt in seiner Anmerkung die Haltung des Conseil d'Etat damit, daß die Unterschrift Grundlage der Verantwortung sei, also eine Garantie für Dritte darstelle. Wesentlich sei eine Formbestimmung immer dann, wenn der mit ihr verfolgte Zweck anders nicht erreicht werden könne. Darüber hinaus noch eine hypothetische Betrachtung über die mutmaßliche Entscheidung der Behörde anzustellen, wie sie bei Einhaltung der Form entschieden haben würde, sei unnötig und falsch.

[11) Odent, aaO, S.568

- 1) die Begründungspflicht, wobei die Begründung in dem acte administratif selbst enthalten sein muß (12);
- 2) Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte, selbst wenn keine Bindung an die Auffassung der mitbeteiligten Behörde besteht (13);
- 3) die Datierung einer Maßnahme ist nur dann wesentlich, wenn ihr Erlaß innerhalb einer bestimmten Frist vorgeschrieben ist; im übrigen hat das Datum nur Bedeutung für den Beginn der prozessualen Fristen (14).

Ungeschriebene wesentliche Formalitäten, abgeleitet aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen:

- 1) das rechtliche Gehör; jede Maßnahme, die geeignet ist, jemandem schwere Nachteile zuzufügen, muß diesem vor Erlaß Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben (15);
- 2) eine Begründungspflicht kann sich auch ohne Normierung für besonders weitreichende Verfügungen ergeben, damit der Betroffene deren Rechtmäßigkeit beurteilen kann; dabei müssen die Beweggründe der Verwaltung hinreichend dargelegt sein (16).

Zu den unwesentlichen oder sekundären Formbestimmungen gehören (17):

- 1) rein nebensächliche oder beiläufige Formalien; das sind, außer bei abweichender Normierung grundsätzlich

(12) CE 6.5.1949, Tromp, in RCE S.202
(13) Denn die Beteiligung anderer Behörden soll dem einzelnen Garantien geben für eine gute Verwaltung.
(14) Virally, aaO, no.132 f.
(15) CE 17.10.1952, Finelle, in RCE S.442
(16) CE 4.6.1951, Robois, in RCE S.314
(17) Odent, aaO, S.568 f., Waline, aaO, S.398 f.

alle Formalien, die sich an den Erlaß einer Maßnahme anschließen, wie etwa die Bekanntgabe, weil sie nur Einfluß hat auf die prozessualen Fristen. Außerdem gehören hierzu etwa der fehlende Hinweis auf die der Verfügung zu Grunde liegenden Vorschriften oder die fehlende Bezeichnung einer Maßnahme, außer wenn sich in ihr eine bestimmte Verfahrensart ausdrückt. Selbst gesetzlich vorgeschriebene Fristen werden zuweilen als unverbindliche Empfehlungen des Gesetzgebers aufgefaßt.

2) Vorschriften im alleinigen Interesse der Verwaltung; so etwa eine Fluchtlinienfestlegung an einem früheren Kriegsschauplatz ohne die vorgeschriebene Beteiligung der Militärbehörden (18); Beteiligungsrechte im Interesse einer umfassenden Sachprüfung zu Gunsten des einzelnen müssen hingegen stets eingehalten werden.

3) wesentliche Bestimmungen, wenn der Verstoß im konkreten Fall nicht ins Gewicht fällt und ohne Einfluss geblieben ist auf den Inhalt der Verfügung: Bekanntmachung des Antrages auf Genehmigung eines gesundheits-schädlichen Betriebes innerhalb der vorgeschriebenen 5 km-Zone nur in den meist-interessierten Stadtteilen (19); Stimmabgabe außerhalb der Wahlzelle, wobei jedoch der Stimmvorsprung des gewählten Kandidaten größer war als die Zahl der "öffentlichen" Stimmabgaben (20); sachlich richtige Urkundenausfertigung durch einen Unbefugten (21).

(18) Der "beiläufige" Charakter solcher Bestimmungen ließe sich auch mit dem Begriff der relativen Unwirksamkeit bzw. Anfechtbarkeit erklären (vgl. oben II § 1 b); CE 24.10.1919, Bonvoisin, in RCE S.776

(19) CE 12.11.1909, commune d'Issy . ., in RCE S.853

(20) CE 14.2.1930, Electr.Municipale d'Aix, in RCE S.95

(21) CE 22.4.1939, Bans, in RCE S.259

Grundsätzlich sind Formverstöße auch im französischen Verwaltungsrecht nicht rückwirkend heilbar (22). Keine ungesetzliche rückwirkende Berichtigung ist die Ergänzung einer tatsächlichen Auslassung oder die Berichtigung eines offensichtlichen Versehens. Grundsätzlich ist auch die nachträgliche Einwilligung des Betroffenen ohne Einfluß (23). Nur unter circonstances exceptionnelles kommt eine Heilung in Betracht. In diesen Formfragen sind die deutschen Verwaltungsgerichte bedeutend formalistischer. Die gesetzliche Bindung des VA an eine bestimmte Form bedeutet, daß er nur in der vorgeschriebenen Form in Wirkung treten kann. Formverletzung führt zur Nichtigkeit. Der französische Staatsrat dagegen untersucht jeweils am konkreten Falle die Tragweite einer Formbestimmung und die mögliche Auswirkung von Mängeln. Erst daraus schließt er auf die Erheblichkeit der Verfehlung; hierbei hat er die Tendenz zu einer großzügigen Beurteilung. Virally (24) sagt: "Allgemein sind die Formen, in die ein acte administratif eingekleidet werden soll, nicht wesentlich".

§ 5. Rechtsverletzung (1)

a) Grundlagen des Tatbestandes

Was den Inhalt der für die Verwaltung verbindlichen Rechtsregeln ausmacht, wurde oben bereits dargelegt. Alle diese Grundsätze muss sie positiv und negativ einhalten, also unterlassen, was sie nicht darf, tun, was sie soll. Jeder acte administratif, der sich nicht hieran hält, ist rechtswidrig.

(22) Laubadère, aaO, S.388

(23) CE 11.2.1927, Guillermin, in RCE S.200

(24) aaO, no.117

Eine direkte Form der Rechtsverletzung ist die falsche Gesetzesanwendung, genauso wie das systematische Nicht-anwenden oder das Umgehen eines Rechtssatzes (2). Diese Fälle sind indes verhältnismäßig eindeutig, weil sie schon aus dem Wortlaut des Aktes sich ergeben.

Heikler wird die Feststellung der Rechtswidrigkeit in denjenigen Fällen, wo ein Rechtssatz falsch ausgelegt oder falsch angewandt wird, weil sich die Verwaltung über Sinn, Bedeutung oder Anwendungsbereich einer Vorschrift geirrt hat, oder weil sie sich über das Vorliegen, die Natur oder Qualifikation von Tatsachen geirrt hat. Hier ist eine Fehlerhaftigkeit im allgemeinen erst nach einer Untersuchung der Grundlagen der Maßnahme möglich. Diese Darstellung befasst sich im folgenden mit den sich hierbei ergebenden Schwierigkeiten.

Der rechtliche oder tatsächliche Ausgangspunkt der Verwaltung wird allgemein "motif" genannt (3). Ist dieser Ausgangspunkt fehlsam, dann wird die Verwaltungsentscheidung vom Conseil d'Etat aufgehoben.

"Der Conseil d'Etat prüft die Begründung, nicht die Begründetheit" (4). Trotz Verwendung des Begriffs "motif" versteht man hierunter nur objektive Gegebenheiten, die vor dem Tätigwerden der Verwaltung erfüllt

-
- (1) Zuweilen wird auch die Bezeichnung "violation de la loi" oder "violation de toute règle de droit" mit Rechtswidrigkeit übersetzt (so Steindorff, aaO, S.55). Verschiedene französ. Autoren bezeichnen die im folgenden behandelten Irrtumsfälle und Subsumtionsfehler als défaut de motif légal oder als illégalité relatif aux motifs de l'acte; vgl. auch II § 2 a). Gemeint ist mit dieser Bezeichnung eine Rechtsverletzung i.eng.S., weil ja jede Fehlerhaftigkeit einen Rechtsverstoß darstellt.
- (2) Violation brutale
- (3) Laubadère, aaO, S.393, Vidal, aaO, S.287, Waline, aaO, S.409
- (4) Odent, aaO, S.599 und Steindorff, aaO, S.56

sein müssen. Durch diese Terminologie darf man sich nicht verleiten lassen, unter der gerichtlichen Kontrolle der "motifs" auch eine Nachprüfung psychischer Gegebenheiten zu verstehen (5).

Jede Einschränkung einer erworbenen Rechtslage oder der Ausübung eines Freiheitsrechtes muss auch ohne die ausdrückliche gesetzliche Pflicht zur Angabe der Gründe auf einem gesetzlichen Grund beruhen. Das ist ein solcher, dessen Vorhandensein als notwendige rechtliche Voraussetzung der Beschränkung vom Gesetz verlangt wird (6). Auch dann, wenn eine Verfügung nicht ausdrücklich ihre Gründe mitanführen muss, ist die Verwaltung gehalten, im Anfechtungsverfahren diese dem Gericht mitzuteilen (7). Der Conseil d'Etat sieht sich zu ihrer vollen Nachprüfung befugt. Daraus folgert Laubadère (8), daß die Begründungspflicht ein allgemeiner (ungeschriebener) Rechtsgrundsatz sei. Können Gründe nicht angegeben werden oder werden mehrere vorgebracht, von denen einer als mangelhaft und nicht überflüssig beurteilt wird, dann führt dies zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme (9).

Bezieht sich der Irrtum oder die unzulängliche Subsumtion auf "überflüssige" Gründe (10), dann ist eine Verfügung nicht anfechtbar. Ähnlich wie bei den Formverstößen unterschieden wird zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vorschriften, so gibt es hier "motifs

-
- (5) Vidal, aaO, S.287; "Motif" im objektiven Sinne ist gleichbedeutend mit "antécédents" oder mit "cause juridique", also mit Voraussetzungen und rechtlichem Grund.
 - (6) Waline, aaO, S.409; Laubadère, aaO, S.399: "Ein fälschlicher Grund ist kein verwaltungsmäßiger und daher überhaupt keiner". Also werden diese Akte aufgehoben, weil sie ja einen Rechtsgrund haben müssen.
 - (7) Anm. Drago in D. 1956 J 392
 - (8) aaO, S.399, Eisenmann, aaO, S.219, Waline, aaO, S.410

déterminants" und "motifs surabondants". Die letztere Art, rein beiläufige Gründe, kann nicht zur Fehlerhaftigkeit führen (11). Allerdings legen die französischen Gerichte hierbei im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes strenge Maßstäbe an. Nur dann kann ein Grund überflüssig sein, wenn dies ganz offensichtlich ist oder sich eindeutig aus den Aktenvorgängen bei der Verwaltung ergibt. Beruht eine Maßnahme auf mehreren Gründen, so kann nur dann ein mangelhafter ohne Rechtsfolgen bleiben, wenn es feststeht, daß allein die übrigen Gegenstand der Erwägungen waren (12).

Dieser Fehlertatbestand ist mit keinem deutschen vergleichbar. Denn der Conseil d'Etat folgert die Fehlerhaftigkeit eines Aktes aus der mit ihm verbundenen Begründung. Es wird untersucht, ob diese konkrete Begründung einen Verwaltungsakt zu tragen vermag (13). Eine Maßnahme wird nicht dahingehend überprüft, ob sie eventuell aus anderen Gesichtspunkten aufrechterhalten werden könnte. Entscheidend ist allein die Beziehung zu der konkreten tatsächlichen Grundlage, auf welche die erlassende Stelle ihre Verfügung gestützt hat. Steindorff (14) charakterisiert demgegenüber die Tätigkeit der deutschen Verwaltungsgerichte damit, daß sie sich aus einer anderen Sicht heraus entwickelt habe: bei der Rechtskontrolle werde die Begründetheit nachgeprüft. Diese Gegenüberstellung zeigt, daß die deutschen Verwaltungsgerichte sich nicht so eng an den konkreten Ausgangspunkt der erlassenden Instanz halten.

-
- (9) CE 29.10.1954, Rougier, in RDP 1955 S.187 und Odent, aaO, S.597 f.
 - (10) Ein "motif" ist überflüssig, wenn die Verfügung genauso ausgefallen wäre, auch wenn die erlassende Stelle sich nicht auf dieses gestützt hätte (Waline, aaO, S.410).
 - (11) CE 11.7.1945, Soc. Chaigneau-Ancelin, in RCE S.154
 - (12) CE 14.1.1948, Canavaggia, in RCE S.18
 - (13) Odent, aaO, S.599
 - (14) Steindorff, aaO, S.56

Außerdem ist in Deutschland Anfechtungsgrund der Rechtsverstoß eines Verwaltungsaktes (15). Die Ermessensbetätigung wird nur daraufhin nachgeprüft, ob ihre rechtlichen Grenzen eingehalten worden sind (16). Demgegenüber fehlt dem Begriffspaar "Rechtskontrolle - Ermessensnachprüfung" im französischen Verwaltungsrecht eine vergleichbare Bedeutung zur Abgrenzung des Umfanges richterlicher Nachprüfung. Schließlich hat der Begriff des Ermessens auch dadurch an Bedeutung verloren, daß der Conseil d'Etat dort selbst Grenzen für das Verwaltungshandeln festgelegt hat, wo es durch gesetzliche Vorschriften noch nicht gebunden war. Damit wurde der Bereich der freien Verwaltung weiter eingeengt. Dies ist vor allem in Bereichen geschehen, wo Eingriffe in Grundrechte oder in subjektive Rechte stattfinden (17)(18).

b) Die fehlerhaften "motifs".

Bei Verstößen gegen den Grundsatz, daß die Verwaltung erst bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen handeln darf, kann die Illegalität ihrer Akte auf einem Rechtsirrtum, Tatsachenirrtum oder einer falschen Tatsachenwürdigung beruhen (19). Der letzte Fall betrifft den Inhalt des acte administratif, weil falsch subsumiert oder die Tatsachen nicht richtig qualifiziert worden sind, die beiden ersten Fälle den fälschlich als vorliegend erachteten Ausgangspunkt, unabhängig vom Inhalt des acte administratif.

Die Unterscheidung dieser drei Gruppen hat heute vorwiegend theoretisches Interesse, weil die Verwaltungsgerichte eine jede als möglichen Fehlergrund ansehen (20).

(15) Forsthoff, aaO, S.86, Anm. 1

(16) VwGO, § 114

(17) Laubadère, aaO, S.394

(18) Odent, aaO, S. 613

(19) Laubadère, aaO, S.393, Odent, aaO, S.601, 604, Vidal, aaO, S.287, Waline, aaO, S. 410 f.

(20) Waline, aaO, S.413

Tatsächlich ist eine klare Grenzziehung zwischen ihnen auch nicht möglich und oft wäre die Einreihung eines Fehlers in die eine ebenso vertretbar wie in die andere. Zudem bezeichnen diese drei Gruppen nur, was die Verwaltungsgerichte untersuchen können, nicht aber auch, dass sie in jedem Falle ihre Möglichkeiten ausschöpfen. Die für den Conseil d'Etat bestimmenden Gründe bei der Intensität seiner Kontrolle lassen sich nicht aus der Begriffsreihe "Rechtsfrage - Tatfrage", "Rechtsfrage - Ermessensfrage" ableiten. Bestimmend dazu ist vielmehr die Stärke des Rechtsschutzbedürfnisses im konkreten Fall (21). An diesem Einteilungsschema zeigt sich vor allem die geschichtliche Entwicklung des Aufhebungsgrundes "violation de la loi".

Als letzte Erscheinungsform der violation de la loi hat der Conseil d'Etat die "fehlerhaften Gründe" anerkannt und systematisch herausgebildet. Vidal untersucht die Entwicklung in der Rechtsprechung und legt dar, wie die "motifs" eines acte administratif lange Zeit vordem bereits untersucht wurden, um aus ihrer Fehlerhaftigkeit auf das Vorliegen eines détournement schließen zu können (22).

-
- (21) Dies hat Steindorff (aaO, S.55 f., insbesondere S.72-75) eingehend und überzeugend dargelegt; daher sei statt einer Wiederholung auf ihn verwiesen;
- (22) aaO, S.293 f.; so hat der Conseil d'Etat (25.2.1864, Lesbats, in RCE S.209) die Verfügung eines Präfekten aufgehoben, in welcher dieser einem früheren Fuhrunternehmer das Halten auf einem Bahnhofsplatz untersagte, weil diese Entscheidung den Zweck habe, die von der Eisenbahngesellschaft einem Konzessionär versprochenen Privilegien zu sichern. Ein anderes Urteil (19.5.1958, Vernhes, in RCE S.399) hat wegen Fehlens der Voraussetzungen zum polizeilichen Handeln die Maßnahme eines Bürgermeisters aufgehoben, in der den Badegästen der Zutritt zum Strand nur gegen Entrichtung einer Gebühr für die Badeeinrichtungen gestattet wurde, selbst wenn diese nicht benutzt wurden. - Soviel zur geschichtlichen Entwicklung; über das Verhältnis zum détournement vgl. § 6 b).

1) Rechtsirrtum (erreur de droit):

Ein Rechtsirrtum liegt vor, wenn der vermeintliche gesetzliche Grund zum Einschreiten der Verwaltung in Wahrheit nicht gegeben ist, weil die Rechtslage verkannt, eine abstrakte Rechtsfrage falsch gelöst worden ist (23). In einem ersten Schritt wurden actes administratifs wegen Rechtsirrtums als violation de la loi aufgehoben. Der Begriff Rechtsirrtum hat es natürlich erscheinen lassen, ihn im Anfechtungsverfahren zu beurteilen. Gleichzeitig hat er die Handhabe dafür gegeben, dieser Nachprüfung auch Ermessensakte zu unterwerfen (24). Weil auch die Ermessensbetätigung Bindungen unterliegt, müssen bei jedem Beurteilungsspielraum die Grenzen der Legalität eingehalten werden (25).

2) Tatsachenirrtum (erreur de fait):

Beim Tatsachenirrtum ist ein tatsächlicher Grund zum Einschreiten der Verwaltung nicht gegeben, weil der Sachverhalt verkannt worden ist; die tatsächlichen Voraussetzungen für das Verwaltungshandeln haben gefehlt. Lange Zeit hindurch wurde allgemein die Auffassung vertreten, jede Kontrolle der Legalität schließe notwendig und folgerichtig die Nachprüfung tatsächlicher Fragen aus. Deren Würdigung und Feststellung solle der alleinigen Beurteilung der Verwaltungsbehörden überlassen bleiben (26). Damit kam ein Tatsachenirrtum zunächst als Fehlergrund für actes administratifs nicht in Frage. Ausgehend von dieser Auffassung hat sich der Conseil d'Etat bis zum Beginn dieses Jahrh. geweigert, das Vor-

-
- (23) Waline gruppiert diesen Fall bei der Gesetzesverletzung ein, in folgerichtiger Anwendung seiner 5-Teilung bei den Fehlertatbeständen(aa0, S.409 f.).
- (24) Im Gegensatz zu Deutschland besteht für die französischen Gerichte keine gesetzliche Begrenzung der Untersuchungstätigkeit auf Rechtsfragen.
- (25) Odent, aa0, S.601
- (26) Odent, aa0, S.604

handensein der angegebenen tatsächlichen Gründe zu überprüfen.

Diesen Standpunkt hat er im Urteil Camino (27) aufgegeben und ausgesprochen, daß er befugt sei, die Tatsachengrundlage einer Verwaltungsmaßnahme auf ihre Existenz hin zu überprüfen. Denn hieraus könne sich ebensogut wie aus einem Rechtsirrtum die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme ergeben. Heute ist allgemein anerkannt, daß die Untersuchung des Tatsächlichen zur Lösung von Rechtsfragen zu den Aufgaben des Richters im Anfechtungsverfahren gehört (28). Damit zugleich ist der Tatsachenirrtum möglicher Aufhebungsgrund geworden.

Klarheit besteht auch darüber, daß es hierbei unerheblich ist, ob ein Rechtssatz tatsächliche Voraussetzungen für einen acte administratif festgelegt hat oder ob die Verwaltung nach ihrem Ermessen handeln darf. Denn "der Conseil d'Etat prüft die Begründung, nicht die Begründetheit". Er untersucht, ob diejenigen Tatsachen gegeben sind, auf die sich die Behörde beim Erlass einer Maßnahme gestützt hat. Entscheidend ist, ob diese Begründung eine Verfügung zu rechtfertigen vermag. Es wird nicht überprüft, ob sie etwa aus anderen Gründen hätte ergehen dürfen. Demgemäß bleibt es in den Entscheidungen dahingestellt, ob solche anderen Gründe etwa vorgelegen haben (28a). Durch die Wahl eines bestimmten Grundes zur Entscheidungsgrundlage ist die Behörde an diesen gebunden. Die Wirksamkeit der Maßnahme hängt dann von seinem tatsächlichen Vorliegen ab. Stimmt die Begründung nicht mit der tatsächlichen Sachlage überein, dann muss die betreffende Verfügung aufgehoben werden (29).

(27) CE 14.1.1916 in S. 1922.3.10.

(28) Laubadère, aaO, S.394 f., Waline, aaO, S.413

(28a) Waline, aaO, S.413

(29) CE 22.1.1922, Trépont, in RCE S.65

Eine Ausnahme von der Bindung an die motifs besteht bei den bereits erwähnten "motifs surabondants", den überflüssigen Gründen. Eine weitere ergibt sich, wenn auf alle Fälle eine Entscheidung ergehen musste. Hier ersetzt der Conseil d'Etat ausnahmsweise die mangelhaften Gründe durch ordnungsmäßige (29a).

Bemerkenswert ist die Abweichung des französischen Rechts vom deutschen in diesen Fragen. In Deutschland wird das Vorliegen von Tatsachen nur insoweit nachgeprüft, als sie durch Gesetz zur Voraussetzung eines Verwaltungsaktes erhoben worden sind (30). Daher kann Tatsachenirrtum auch nur innerhalb dieser Grenze Aufhebungsgrund sein (31).

3) Fehlerhafte Tatsachenwürdigung (*appréciation inexacte des faits*):

Sie liegt vor, wenn ein legaler Anlaß zu der Verwaltungsentscheidung fehlt, weil die tatsächlichen Gegebenheiten nicht das Eingreifen der Verwaltung rechtfertigen (*les faits ne sont pas de nature à motiver la décision prise*). In seinem nächsten Schritt bezog der Conseil d'Etat schließlich auch die Nachprüfung der rechtlichen Würdigung von Tatsachen und deren Subsumtion unter die Rechtsregeln in das Anfechtungsverfahren ein, also die Würdigung dessen, ob die Verwaltung hinreichenden Anlaß zu ihrem Einschreiten hatte. Die fehlsame Würdigung oder Subsumtion von Tatsachen kann also ebenso wie die Irrtumsfälle die Ordnungsmäßigkeit eines *acte administratif* beeinträchtigen.

(29a) vgl. Abschnitt c)

(30) Steindorff, aaO, S.71, Anm.228

(31) Verschiedentlich hat der Conseil d'Etat die Nachprüfung von Tatsachen abgelehnt (CE 24.2.1932, Bastianesi, in D. 1932 J 208, und 27.3.1925, Mariani,

Damit gibt es nunmehr theoretisch keinen Bereich der Verwaltungstätigkeit, wo nicht die tatsächliche Grundlage der actes administratifs auch Fehlergrund sein könnte mit der Folge einer Aufhebbarkeit. Nur dort wäre dies noch möglich, wo ihr ausdrücklich eine Willkürstellung eingeräumt worden ist. Eine solche hat sie indes nirgends (32).

c) Handhabung durch die Verwaltungsgerichte (33)

Nach diesem Überblick soll die besondere Methodik des Conseil d'Etat bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit von actes administratifs behandelt werden. Verhältnismäßig einfach ist die Situation, wenn die Verwaltung eine Entscheidung getroffen hat auf Grund Rechtsirrtums: es liegt immer Anfechtbarkeit vor (34).

Heikler wird es beim Tatsachenirrtum und der fehlerhaften Tatsachenwürdigung. Trotz einer wenig übersichtlichen Rechtsprechung scheinen sich folgende Abstufungen in der Intensität der gerichtlichen Nachprüfung abzuzeichnen (35):

1) Der Conseil d'Etat überprüft in jedem Falle, ob die tatsächlichen Voraussetzungen vorgelegen haben, von denen sich die erlassende Stelle hat leiten lassen. Er untersucht, ob die zur Begründung angegebenen Umstände tatsächlich gegeben waren. Diese Prüfung wird als Untersuchung der "exactitude des faits" bezeichnet. Hierbei

in S. 1927.3.57). Diesen Fällen wird man am ehesten gerecht, wenn man sie vom Begriff des Ermessens her auffasst. Denn es handelte sich dabei um "technische" Entscheidungen oder Beurteilungen von Verwaltungsstellen mit ganz speziellen Aufgaben, wie etwa Prüfungskomitees oder Gesundheitsbehörden

(32) Odent, aaO, S.606

(33) Die hiermit zusammenhängenden Fragen nach dem Kontrollumfang in Rechts- und Tatsachenfragen, in

bleibt er stehen und überläßt rechtliche Beurteilung und Würdigung dieser Tatsachengrundlage voll und ganz der Verwaltung,

- aa) bei gewissen polizeilichen Ausnahmebefugnissen (Ausländerpolizei, Dringlichkeitsmaßnahmen zur Gefahrenabwehr),
- bb) bei anderen Maßnahmen, die einen Beurteilungsspielraum erforderlich erscheinen lassen, wie etwa die Opportunität von Disziplinarmaßnahmen, die Zulassung zu Examen oder deren Beurteilung (36),
- cc) bei Maßnahmen, die eine Fachkunde voraussetzen, die dem Richter fehlt (37).

Der Conseil d'Etat begründet dies damit, die Verletzung reiner Opportunität könne nicht rechtswidrig sein (38).

2) In allen übrigen Fällen erstreckt sich die richterliche Kontrolle auch auf die rechtliche Qualifizierung und Würdigung der Tatsachen. Dieser Satz bedarf indes sogleich einer Einschränkung: die Nachprüfung der Tat-

Rechts- und Ermessensfragen sollen nur insoweit behandelt werden, als sie unmittelbar mit der Fehlerursache wegen Irrtums oder fehlsamer Würdigung zusammenhängen. Der rechte Ort für die Behandlung dieses Gebietes sind Darstellungen über das Verwaltungsgerichts-Verfahren; hierzu nehmen die Schriften von Lücking, aaO, S.86 f., und Steindorff, aaO, S.55 f., eingehend Stellung.

- (34) Laubadère, aaO, S.396, und Waline, aaO, S.409
- (35) so insbesondere LWB, aaO, S.109, Odent, aaO, S.608f., Anm. JG. in D 1949 J 226
- (36) CE 13.4.1945, Soufflet, in RCE S.73; 10.3.1954, delle Bodin, in RCE S.149
- (37) so etwa, ob ein Präparat giftig ist (CE 20.11.1953, Soc.Etrafa, in D 1954 Somm.39), ob der Spielplan-ausschuss der Comédie Française ein Theaterstück zu Recht zurückgewiesen hat, über Einzelfragen bei Umbesetzungsmaßnahmen in der Verwaltung.
- (38) LWB, aaO, S.109

sachenwürdigung sieht der Conseil d'Etat hier nur als möglich an, nicht in jedem Fall führt er sie voll durch. Die Intensität seiner Kontrolle stuft er ab. Daher ist in diesem Bereich keine knappe und klare Aussage möglich darüber, wann eine fehlerhafte Tatsachenwürdigung zur Aufhebung führen kann. Denn die französischen Verwaltungsgerichte ziehen die Grenze zwischen Opportunität und Legalität entsprechend dem jeweiligen Rechtsschutzbedürfnis (39).

In einem Teil der Fälle wird ein acte administratif als fehlerhaft angesehen, weil die angeführten Gründe ungeeignet sind, Grundlage der getroffenen Maßnahme zu sein (40). Das gilt dann, wenn die Verwaltung ihre Entscheidung erst bei Erfüllung eines bestimmten Tatbestandes treffen durfte, wenn sie "gebunden" war, mit "pouvoir lié" handelte. Die Ordnungsmäßigkeit hängt dann davon ab, ob die Tatsache X, so wie sie qualifiziert worden ist, abstrakt betrachtet, den erlassenen acte administratif rechtfertigen kann oder nicht (41). Die Fehlerursache wird hierbei in rein logischen Elementen gefunden; demgegenüber ist die konkrete Qualifikation der Tatsachen, die Würdigung der einer abstrakten Betrachtung unzugänglichen Elemente unerheblich (42).

Bei anderen Fällen wiederum können als Fehlerquelle alle Umstände des Sachverhalts in Frage kommen, sowohl

(39) Laubadère, aaO, S.394, LWB, aaO, S.109, Odent, aaO, S.613, Steindorff, aaO, S.71

(40) CE 2.2.1945, Moineau, in D 1945 J 269

(41) Colliard, Anm. in D 1945 J 269

(42) Beispiel für diese Methodik ist der Fall Lonbeyre (CE 25.7.1952 in S 1953.3.100). Ein Blinder wurde als Professor an eine medizinische Fakultät berufen. Die Anfechtungsklage hiergegen mit der Begründung, der Professor sei an der sachgemäßen Wahrnehmung seiner Aufgaben behindert, hat der Conseil d'Etat zurückgewiesen, weil eine solche Beurteilung (als Ermessensentscheidung) nur der ernennenden Behörde zukomme und weil Blindheit

tatsächliche Verhältnisse als auch Zweckmäßigkeitssgesichtspunkte. Der Verwaltungsrichter ersetzt hier die Verwaltungsentscheidung durch seine eigene. So befand der Conseil d'Etat darüber, ob die Place Beauvau in Paris eine "perspective monumentale", eine denkmalähnliche Anlage sei, und ob ein geplantes Gebäude geeignet sei, diese Anlage zu beeinträchtigen (43). Solche Fälle werden von den französischen Autoren als "Opportunitätsfragen behandelt, die Rechtmässigkeitsvoraussetzung sind" (44). Diese Verbindung besteht

an sich kein Hindernis für die Ausübung eines Lehramtes sei.

- (43) CE 4.4.1914, Gomel, in RCE S.488; Hauriou hat in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung in S. 1917.3.25 geäußert, der Conseil d'Etat habe einen neuen Aufhebungsfall, den Tatsachenirrtum, entwickelt, und dieser sei selbständig neben den vier anderen einzureihen. Bemerkenswert ist die Auffassung dieses Falles als "Tatsachenirrtum".

Neuerdings ist folgende Entscheidung ergangen (CE 28.5.1954, Barel, in RDP 1954 S.509, Anm.Waline: Der Minister ist befugt, die Zahl der bereits zu Aufnahmeprüfungen in die Verwaltung zugelassenen Kandidaten einzuschränken. Er darf Bewerber ausschließen, deren Zugehörigkeit zur Verwaltung schwere Nachteile nach sich ziehen würde. Grundsätzlich kann der Minister unabhängig hierüber befinden. Dabei darf er sich jedoch nicht von verwaltungsfremden Erwägungen leiten lassen, wie z.B. um politische Gegner auszuschalten. Das muss und darf der Conseil d'Etat nachprüfen und hierüber müssen von der Verwaltung auch die zugrundeliegenden Tatsachen vorgetragen werden.

Als der Minister ohne Begründung eine Reihe von Teilnehmern von der Aufnahmeprüfung zur Ecole Nationale d'Administration ausgeschlossen hatte, legten diese vor dem Conseil d'Etat dar, aus politischen Gründen zurückgewiesen worden zu sein, weil sie angeblich der kommunistischen Partei angehörten. In dem inquisitorischen Verfahren wurde vom Minister die Darlegung seiner Gründe verlangt. Denn dies war das einzige Mittel, die Stichhaltigkeit des Vorbringens der Kläger zu erbringen, das durch verschiedene Pressemeldungen über ähnliche Vorfälle bekräftigt wurde. Als der Minister sich zur Angabe der Gründe weigerte, folgte der Conseil d'Etat,

nach ihrer Auffassung auch dann, wenn eine bestimmte Maßnahme nur unter der Voraussetzung der Notwendigkeit, Erforderlichkeit oder Dringlichkeit legal ist (45). Indes gestehen sie die Schwierigkeiten einer eindeutigen Festlegung der Trennungslinie zwischen der reinen Opportunität und der Opportunität als Voraussetzung zur Legalität ein (46). Aus diesen Abgrenzungsschwierigkeiten heraus erklären sie auch eine Reihe von offenbar willkürlichen Urteilen, die sich nicht in die hier entwickelten Grundsätze eingliedern lassen.

Die Regel, "Tatsachen- oder Rechtsirrtum führt zur Aufhebbarkeit" (47), erleidet eine Ausnahme, wenn die Verwaltung auf alle Fälle zum Erlass eines acte administratif verpflichtet war. Dann hebt ihn der Conseil d'Etat nicht auf, sondern ersetzt den irrtümlichen "Grund" durch einen echten und zutreffenden (48). Diese Möglichkeit hat indes Ausnahmecharakter. Im übrigen bemißt sich die gerichtliche Nachprüfung nach dem Satz "das Gericht überprüft die Gründe, nicht aber die Entscheidung" (49). Daher ist in der Überzahl der Fälle eine derartige Korrektur ausgeschlossen. Der Ausnahmefall rechtfertigt sich daher, weil hier eine "Nachprüfung" der Gründe illusorisch ist; denn die Verwaltung war gebunden und musste auf alle Fälle handeln und den acte administratif erlassen (50).

- d) Verhältnis zwischen "gebundener Verwaltung" und "fehlerhaftem Grund".

Nur insoweit, als die Verwaltung bei ihrem Handeln

daß die wahren Gründe nicht eingestanden werden könnten, also politische seien, und hob die Verfügung auf.

(44) Waline, aaO, S. 415

(45) Waline, aaO, S. 415

(46) Vidal, aaO, S.291, Waline, aaO, S.415

(47) Laubadère, aaO, S.396

irgendwie an Voraussetzungen gebunden ist, ist eine illégalité par défaut de motif möglich (51). Ob die Verwaltung gebunden ist, mit pouvoir lié handelt, richtet sich nicht nur nach dem Inhalt des Gesetzes. Zwar ist dieses der Ausgangspunkt der Fragestellung gewesen; bald hat der Conseil d'Etat jedoch die vom Gesetz für die Verwaltung gezogenen Grenzen noch enger gesteckt und damit den Bereich der gebundenen Verwaltung erweitert (52).

Das geschah einmal durch die Ausdehnung der Anfechtungsgründe. Wenn die Verwaltung anfänglich frei war in der Beurteilung der zu ihrem Einschreiten notwendigen Voraussetzungen und der Würdigung von Zweck und Ziel ihrer Maßnahmen, so hat der Conseil d'Etat diese Freiheit sehr stark eingeschränkt durch die Schaffung einer Anfechtungsmöglichkeit wegen détournement de pouvoir und wegen rechtlichem oder tatsächlichem Fehlen der motifs (53). Außerdem hat der Conseil d'Etat durch seine Rechtsprechung auf allen Gebieten, wo eine Einschränkung von Freiheitsrechten in Frage stand, selber Handlungsvoraussetzungen überall dort aufgestellt, wo das Gesetz unklar war oder sich über sie überhaupt nicht ausgesprochen hatte (54). Zu den vom Conseil d'Etat entwickelten Grundsätzen gehört insbesondere, daß das angewandte Mittel dem Anlaß des Einschreitens proportional

-
- (48) Laubadère, aaO, S.397, Odent, aaO, S.599, Waline, aaO, S.416. Die von Laubadère, aaO, S.397, angeführte zweite Ausnahme für diejenigen actes administratifs, für die keine Begründungspflicht besteht, führt er selber auf S.399 ad absurdum, weil er dort feststellt, es bestehe eine allgemeine Pflicht zur Angabe der Gründe.
- (49) Odent, aaO, S.599
- (50) Odent, aaO, S.600
- (51) Laubadère, aaO, S.394
- (52) Laubadère, aaO, S.394, Odent, aaO, S.613
- (53) Vidal, aaO, S.300
- (54) Laubadère, aaO, S.394, Odent, aaO, S.613

sein muss. Hier hat sich die gerichtliche Kontrolle der Nachprüfung der Opportunität am meisten annähert (55). Die Verhältnismäßigkeit des angewandten Mittels hat er nachgeprüft bei Maßnahmen zur Einschränkung von Freiheitsrechten (56), bei den Polizeibefugnissen (57), im Beschlagnahme- oder Enteignungsrecht (58).

e) Die selbständige oder unselbständige Natur dieses Tatbestandes

Es haben Zweifel bestanden, ob die "inexistence des motifs" ein selbständiger und nicht auf andere zurückführbarer Tatbestand sei und bejahendenfalls, wie man dies erklären könne. Auf dem Gebiet der gebundenen Verwaltung ergibt sich, daß das tatsächliche oder rechtliche Fehlen der "motifs" wegen Irrtums kein selbständiger Aufhebungsgrund ist, sondern ein gewöhnlicher Fall der Rechtswidrigkeit. Denn die Voraussetzungen für das Einschreiten der Verwaltung haben nicht vorgelegen (58a).

Nur bei der Ermessensverwaltung kann das Fehlen der "motifs" ein autonomer Aufhebungsgrund sein, weil dort der irrtümliche Grund nicht mehr notwendige Wirksamkeitsbedingung des acte administratif war. Die Maßnahme hätte auch ohne diesen konkreten Grund ergehen können. Damit kann hier die Aufhebungsursache nicht auf die gewöhnlichen Fälle der Rechtsverletzung zurückgeführt oder mit ihnen verglichen werden (59). Weshalb soll nun trotzdem der Tatsachen- oder Rechtsirrtum in diesem Verwaltungsbereich ein Aufhebungsgrund sein können?

(55) Laubadère, aaO, S.395

(56) CE 30.6.1911, Vve.Coquillart, in RCE S.765

(57) CE 19.5.1933, Benjamin, in D 1933.3.54

(58) CE 9.11.1945, Morand, in D 1946 J 271

(58a) Laubadère, aaO, S.397

(59) Laubadère, aaO, S.398

a) Duguit (59a) erklärt dies mit dem Gedanken des détournement de pouvoir. Der Aufhebungsgrund liege hier in einer Gegebenheit außerhalb des acte administratif, ohne Einfluss auf seine eigentliche Wirkksamkeit. Er interpretiert die Rechtsprechung des Conseil d'Etat dahin, daß der irrtümlich angenommene Grund, die motifs, immer eng mit der Absicht und dem Ziel des acte administratif zusammenhängen. Daraus folgert er, daß die actes administratifs sachlich wegen détournement aufgehoben werden (60).

b) Hauriou (61) vertritt demgegenüber eine "causa - Theorie"; dabei geht er aus von der in der Rechtsprechung häufig gebrauchten Formel, bei Tatsachen- oder Rechtsirrtum von "cause juridique inexistente" zu sprechen (62). Folgt man ihm, so ist nur dann ein acte administratif rechtmäßig, wenn er der causa entspricht, die sein Ausgangspunkt ist und ihn bestimmt (63).

c) Andere (64) erklären die Aufhebbarkeit aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, auf Grund dessen jeder Akt einen rechtlichen Grund haben müsse. Sie folgern dieses Prinzip aus der Rechtsprechung des Conseil d'Etat, der wiederholt ausgesprochen hat, ein acte administratif müsse auf einem "motif tiré de l'intérêt du service public" beruhen. Ist der angegebene Grund irrtümlich angenommen worden, dann ist der acte administratif "ohne Grund" ergangen und folglich aufhebbar. "Denn ein irrtümlicher Grund ist kein verwaltungsmäßiger und daher überhaupt keiner" (65).

(59a) aaO, I S.316, II S.365

(60) Über die inneren Zusammenhänge zwischen diesem Tatbestand und dem détournement vgl. II § 6 b).

(61) Anmerkung in S.1926.3.25 zu CE 21.1.1926, Lefranc

(62) CE 20.1.1922, Trépont, in RDP 1922 S.81

(63) Über die causa-Theorie im Verwaltungsrecht vgl. II §6b)

(64) Bonnard, aaO, S.105, Laubadère, aaO, S.399, Waline, aaO, S.410, 416

(65) Laubadère, aaO; S.399

§ 6. Ermessensmißbrauch (détournement de pouvoir) (1)

a) Die subjektiven Momente

Besondere Eigenheit dieses Tatbestandes ist sein Basieren auf zwei subjektiven Elementen. Es kommt darauf an, ob der Urheber eines acte administratif seine Amtsgewalt im konkreten Falle so eingesetzt hat, daß sein Ziel übereinstimmt mit demjenigen, das ihn hätte leiten sollen nach der Absicht des Gesetzgebers (2). Äußere Ordnungsmäßigkeit oder Beachtung der objektiven Kompetenzregeln können dennoch gegeben sein. Erfasst werden von diesem Fehlertatbestand Zweck und Ziel des Verwaltungshandelns (3). Denn hierüber ist der Verwaltung kein Ermessen eingeräumt.(4)

Zentralproblem ist, die besondere Absicht des Urhebers eines Aktes zu ergründen (5). In Fällen wissentlichen Mißbrauchs von Hoheitsbefugnissen werden durchweg die wahren Ziele verschleiert und so hat der Conseil d'Etat die schwierige Aufgabe, die gesamten Umstände beim Zu-

-
- (1) Lücking, aaO, S.86, und Steindorff, aaO, S.77, verwenden die gleiche Übersetzung. Sie ist auch sachlich begründet, weil der deutsche Ermessensmißbrauch dem französischen détournement in wesentlichen Zügen entspricht.
- (2) Eisenmann, aaO, S.206: "Es kommt darauf an, ob die meta-rechtlichen Zielvorstellungen beim Erlass eines acte administratif mit den meta-rechtlichen des Gesetzgebers übereingestimmt haben".
- (3) Odent, aaO, S.615: "Der détournement beruht darauf, daß der Geist eines Rechtssatzes verkannt worden ist".
- (4) Von dem Ziel, der Absicht, den psychischen Beweggründen sind zu trennen die motifs als objektive Voraussetzungen und Erfordernisse zum Einschreiten der Verwaltung. Diese motifs wurden oben in § 5 behandelt.
- (5) Vidal (aaO, S.291) schlägt zur Vermeidung von Unklarheiten die Begriffe "cause" und "fin" statt "motif" und "but" vor. Denn die bisher übliche Terminologie versteht "motif" sowohl als Ursache wie auch als Absicht. Hieraus resultieren nach seiner

standekommen der Verfügung zu durchforschen. Wenn auch hierbei die subjektiven Verhältnisse des Urhebers ergründet werden sollen, so beschränkt sich der Conseil d'Etat doch auf diejenigen Anhaltspunkte, die aus den actes administratifs selbst ersichtlich sind, oder auf andere äußere, vom Kläger angeführte Tatsachen, ohne jedoch Verwaltungsbeamte zur Aussage vor sich zu zitieren (6). Damit bildet die hierbei aufgenommene Prozeßakte die Grenze der gerichtlichen Nachforschung und gleichzeitig die Grenze der möglichen Fehlerursachen.

Für den direkten Beweis der Absicht der Verwaltung haben deren Aktenvorgänge nur eine begrenzte Bedeutung, weil die Verwaltung nicht in allen Fällen gehalten ist, ihre Maßnahmen zu begründen (7). Selbst dort, wo sie es tut, verschleiert sie ihre wahren Absichten eher, als sie offenzulegen. Unmittelbar aus der angegriffenen Maßnahme ergeben sich daher nur selten Ansatzpunkte, die den Schluss auf einen fehlsamen Zweck zulassen. In der Mehrzahl der Fälle kann jedoch von äußeren Tatsachen, die einem acte administratif vorausgingen, indirekt auf das subjektive Moment geschlossen werden. Der verfolgte Zweck wird erhellt durch eine Untersuchung der "motifs", der objektiven Gründe, die Anlaß zum Handeln der Verwaltung waren. Damit orientierte sich der détournement von Anbeginn an bei den Beweisfragen weithin an objektiven Gegebenheiten, obwohl er subjektiv in seinem eigentlichen Wesen ist (8). So wird der enge Zusammenhang zwischen der Illegalität wegen fehlerhaften "motifs"

Auffassung die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Illegalität als objektivem Gültigkeitserfordernis und den subjektiven Vorstellungen.

(5) Vidal, aaO, S.292, Waline, aaO, S.418

(6) Duez, aaO, S. 393, Laubadère, aaO, S.392, Vidal, aaO, S.293

(7) Vidal, aaO, S.293 f.

(8) Alibert, aaO, S.257, Hauriou, aaO, S.442 f. (12.Aufl.), Vidal, aaO, S.293 f.

und fehlerhaftem Zweck sichtbar (9). Fehlsame "Gründe" für das Verwaltungshandeln waren unter dem Deckmantel des détournement zu dessen Beweis schon lange diskreter und kaum bemerkter Aufhebungsgrund, ehe ihnen ein selbstständiger Charakter zuerkannt wurde. Auf dem Umweg über den détournement und in enger Verbindung mit ihm ist der neue Aufhebungsgrund schließlich vom Conseil d'Etat eingeführt worden (10).

Die Bindung des détournement an subjektive Elemente bedeutet, daß kein Ermessensmißbrauch vorliegt, wenn die Verwaltung objektiv von den ihr gesetzten Zielen abweicht, weil ein acte administratif zu deren Erreichung ungeeignet ist (11). Auch dann stent kein détournement in Frage, wenn die Verwaltung auf alle Fälle zum Erlaß einer Entscheidung verpflichtet war. Dann hebt sie der Conseil d'Etat nicht auf. Die besondere Absicht der handelnden Behörde ist nicht mehr ausschlaggebend, wenn die Verwaltung keine Wahl hatte über den Erlaß ihrer Verfügung (12). Die Willensrichtung der Verwaltung kann erst erheblich werden, wo sie über einen Beurteilungsspielraum verfügt.

Außerdem liegt kein détournement vor, wenn eine Behörde über den Sachverhalt und die daraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen fehlsame Erwägungen getroffen hat.

(9) Vgl. den folgenden Abschnitt b).

(10) Vidal, aaO, S.294.

Der Umfang und die Grenzen der richterlichen Nachprüfung des Ermessens und die damit verbundene Abgrenzung zwischen rechtsfragen und Ermessensfragen hängen eng mit dem détournement zusammen. Sie werden im französischen Schrifttum zuweilen auch mit dem Tatbestand dieses Aufhebungsgrundes erörtert. Trotzdem wird hierauf nicht näher eingegangen, weil diese Fragen von vorwiegend prozessualen Interesse sind und bereits von Lücking, aaO, S.86 f., und Steindorff, aaO, S.56 f., 81 f., eingehend dargestellt wurden.

(11) Steindorff, aaO, S.78

(12) CE 25.6.1937, de la Renaudière, in RDP 1938 S.138; 28.1.1948, Lacambre, in RCE S.36.

Derartige Fehler beziehen sich auf die in § 5 erörterten "motifs" eines acte administratif, auf dessen objektiven Ausgangspunkt, und sind Irrtumsfälle oder Subsumtionsmängel (absences de motif légal). Der Ermessensmißbrauch hingegen beruht auf unstatthaften Zielvorstellungen, Zwecken und Absichten.

b) Verhältnis zu den anderen Tatbeständen

Eine Reihe von Autoren hat diesen Aufhebungsgrund - zumindest zum Teil - auf die Unzuständigkeit zurückführen wollen (13). Insbesondere Laferrière weist darauf hin, dass z. B. dann, wenn der Urheber eines Aktes von Befugnissen Gebrauch gemacht hat, die ihm nur zu einem anderen Zweck zugestanden haben, wegen détournement aufgehoben werde. Hier liege ein Amtsmißbrauch vor, bei dem Maßnahmen getroffen wurden, die nicht hätten getroffen werden dürfen. Also handele es sich um eine Art von Unzuständigkeit, wenn auch nicht unmittelbar durch die getroffene Entscheidung, so doch mit dem verfolgten Zweck. Aber auch er macht die Einschränkung, ein echter Fall von Unzuständigkeit sei nur dann gegeben, wenn der fehlerhafte Zweck außerhalb des Aufgabenkreises der Verwaltung liege.

Dem hält Vidal (13a) entgegen, beide Aufhebungstatbestände müssten, wenn auch tatsächlich eng miteinander verbunden, aus logischen Erwägungen doch auseinander gehalten werden. Beim einen handele es sich um die äußere

(13) So Laferrière, aaO, II, S.402 f., Alibert, aaO, S.236, Hauriou, Anm. in S.1901.3.57; Duguit, DC I S.251 f. versteht abweichend von den übrigen Autoren die Zuständigkeit als eine Befugnis zum Handeln in einer bestimmten Form, auf einem bestimmten Gebiet, zu einem bestimmten Zweck; damit fällt der détournement für ihn ohne weiteres in vollem Umfange unter die Zuständigkeitsfehler.

(13a) aaO, S.280 f.

Illegalität, beim anderen um die innere. Der letzte Satz von Laferrière sei zu eng, weil er den Eingriff einer Behörde in die Aufgaben einer anderen nicht hinreichend berücksichtige; andererseits sei er zu weit, weil er den Fall mitumfasse, wo der Aufgabenbereich der Verwaltung überschritten wird und daher keine Zuständigkeit im eigentlichen Sinne verletzt werde (14). Damit sei ein solcher Akt materiell illegal, weil er inhaltlich außerhalb des Anwendungsbereiches des Verwaltungsrechts liege; mit Unzuständigkeit habe das nichts zu tun. Immerhin zeige diese Auffassung, daß von einem Zusammenhang zwischen incompétence und détournement keine Rede sein könne, wenn die Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit verblieben ist und allein mit dem verfolgten Zweck fehlerhaft gehandelt hat.

Es wurde bereits angedeutet, wie sich der Fehlergrund des défaut de motif légal aus dem Tatbestand des détournement heraus entwickelt hat, weil man dort objektive Anhaltspunkte zum Beweis des Ermessensmißbrauchs suchte. Tatsächlich hängen beide Bereiche auch miteinander zusammen. Über deren gegenseitige Durchdringung schreibt Vidal (15), daß ein détournement vorliege:

- 1) Wenn auf Grund der tatsächlichen oder rechtlichen Inexistenz der "motifs" der Urheber eines acte administratif nicht den gesetzlich vorgeschriebenen Zweck erreichen will, sondern einen ordnungswidrigen (z.B. Disziplinarstrafen wegen eines tatsächlich nicht begangenen Fehlers, nur um einem Untergebenen zu schaden).
- 2) Wenn der acte administratif auf einem zwar tatsächlich vorliegenden Grund beruht, dessen Bedeutung je-

(14) Weil dort keine Regelung der "Zuständigkeit" vorgenommen wurde.

(15) Vidal, aaO, S.303

doch willkürlich übertrieben wurde. Denn hätte die Verwaltung als gute Verwaltung handeln wollen, dann wäre ihr diese Überbewertung nicht unterlaufen.

Vidal (16) faßt das Verhältnis folgendermaßen zusammen: Eine Aufhebung wegen Fehlens der tatsächlichen oder rechtlichen Gründe

- 1) umfasst den Tatbestand des détournement, wenn der Willkürakt notwendig an das Bestehen der Gründe gebunden ist und darauf beruht;
- 2) geht über den détournement hinaus, wenn das Nichtvorliegen eines motif zu keiner Willkürmaßnahme geführt hat, wenn also der handelnde Beamte sich geirrt hat, aber trotzdem im Sinne des Gesetzes handeln will;
- 3) ist enger als der détournement, wenn der "fehlerhafte Grund" lediglich auf einer mangelhaften Bewertung der Voraussetzung beruht und daher der unzulässige Zweck nicht aus der fehlerhaften Grundlage resultiert.

Die Bedeutung des détournement als Aufhebungsgrund ist im Vergleich zu den verflossenen Jahren ständig im Schwinden (17). Diese Entwicklung beruht z. T. auf dem inneren Zusammenhang mit den "fehlerhaften Gründen" (18). Die Überschneidungen gestatten es den Gerichten, die Fehlerhaftigkeit auf eine "diskretere" Art auszusprechen. Die Aufhebung eines acte administratif wegen inexistence oder absence der motifs lässt an Irrtum oder Nachlässigkeit denken, wogegen der Gebrauch des Begriffs détournement sogleich zu der Gedankenassoziation "Skandal" führt (19). Deshalb handhaot ihn

(16) aaO, S.304

(17) LWB, aaO, S.18, Waline, aaO, S.424 (mit Bedauern)

(18) LWB, aaO, S.19, Vidal, aaO, S.309, Waline, aaO, S.425

der Conseil d'Etat nur noch als subsidiären Aufhebungsgrund. Wenn irgend möglich, stützt er sich auf einen anderen Tatbestand (20); so z.B. immer auf dem Gebiet der gebundenen Verwaltung (21).

Trotzdem hat der détournement als Aufhebungsgrund nicht alle Bedeutung verloren, weil es Fälle gibt, bei denen er sich nicht auf "fehlerhafte Gründe" zurückführen lässt. Im übrigen muss sich der Conseil d'Etat auch dann über einen Ermessensmißbrauch aussprechen, wenn eine Partei dies ausdrücklich beantragt hat; diesem Willen kann er sich nicht entziehen. (22)

Wie Waline (22a) darlegt, hat zum Bedeutungswandel weiterhin beigetragen die Einschränkung des "fiskalischen" détournement. Anfänglich galt der absolute Grundsatz, daß eine Einsetzung der Polizeigewalt im rein fiskalischen Interesse oder zu Gunsten von Konzessionären eines service public zur Aufhebung der betreffenden Maßnahmen führen muss. Seit nun aber Staat und Gemeinden schon drei Jahrzehnte mit Finanzkrisen zu kämpfen haben und diese einen Teil des Defizits ihrer Konzessionäre mittragen müssen, läßt der Conseil d'Etat das Eingreifen der Polizei im finanziellen Interesse der Konzessionäre zu (23). Damit wurde inner-

-
- (19) Vidal, aaO, S.309. Im Gegensatz zum Conseil d'Etat haben sich die ordentlichen Gerichte schon immer gescheut, durch einen solchen Ausspruch über die Verwaltung das Prinzip der Gewaltenteilung zu beeinträchtigen (Waline, aaO, S.419).
- (20) Duez, aaO, S.393, Laubadère, aaO, S.392, Waline, aaO, S.421
- (21) So z.B. CE 3.1.1947, Santeau, in RCE S.7; 20.4.1951, Durand, in RCE S.204: "Die Weigerung der Aufnahme unter die services publics de gestion privée kann nur aus Gründen (motifs) ausgesprochen werden, die nicht dem Gegenstand oder Zweck des Dekretes entsprechen. Der Ausschuss hat sich auf einen Grund berufen, der seiner Art nach ungeeignet war, ordnungsmäßig die Weigerung zu rechtfertigen ...".
- (22) Vidal, aaO, S.309
- (22a) aaO, S.424

halb kürzester Frist etwas Verbotenes zum Recht (und schließlich zur Pflicht). Allerdings betrifft dies nicht alle Fälle - auch neuerdings hat der Conseil d'Etat noch wegen "fiskalischem" détournement einen acte administratif aufgehoben (24).

c) Erscheinungsformen

Ein détournement ist auf zwei Arten möglich (25):

- 1) Widerspruch zum Allgemeininteresse: jegliche Hoheitsgewalt muss als Leitgrundsatz ihres Tätigseins die Gesamtinteressen wahren. Daher ist die Verfolgung persönlicher oder politischer Absichten, sowie die Begünstigung eines Dritten immer eine Fehlerursache, selbst wenn das Gesetz mit einer Kompetenzeinräumung nicht ausdrücklich die Erfüllung eines bestimmten Zweckes zugewiesen hat. Über den Zweck eines acte administratif gibt es also kein Ermessen (26). Nur wenn ausnahmsweise die Tätigkeit des einzelnen mit den allgemeinen Belangen zusammentrifft, ist die Aufhebung der Maßnahme nicht notwendige Folge (27).
Waline (27a) gruppiert diese Fälle in
 - a) Beeinträchtigung der Rechtskraft einer Entschei-

-
- (23) Die Pflicht zur Mitübernahme des Defizits ergibt sich entweder aus Vertragsklauseln oder in Anwendung der théorie de l'imprévision (Anpassung von Verträgen an einen unvorhergesehenen wirtschaftlichen Umsturz zur Stützung öffentlicher Unternehmen).
Die Polizeigewalt darf zur Ausschaltung der Konkurrenz von innerstädtischen Verkehrsmitteln eingesetzt werden: CE 29.1.1932, Soc. des autobus anti-bois, in D 1932.3.67. Noch im gleichen Jahre hat der commissaire du gouvernement Josse (9.12.1932, Cie. des tramways de Cherbourg, in D 1933.3.17) vor dem Conseil d'Etat erklärt, ein solcher Schutz sei nicht bloß ein Recht, sondern sogar eine Pflicht der Verwaltung, die unter Umständen schadensersatzpflichtig machen könne.

dung, um deren Vollstreckung zu verhindern, zu erschweren oder zu umgehen.

b) Gesetzesumgehung.

c) Verfolgung eines Zweckes entgegen dem Allgemeininteresse (persönliche Motive, finanzielle oder sonstige Privatinteressen).

d) Maßnahmen im Interesse einer Personengruppe, die nicht mit der Gesamtheit identifiziert werden kann (z.B. um wiedergewählt zu werden).

e) Politische Erwägungen.

- 2) Aufgabenüberschreitung: Jedes Glied der Verwaltung besteht zur Erfüllung bestimmter Aufgaben. Aus dieser Zweckbestimmung empfängt es Spielraum und Grenzen seiner Befugnisse. "Die Spezialität des Zweckes der Akte ist eine Folge der Spezialität der Aufgaben ihres Urhebers ... Diese Spezialität ist selber nur eine Ordnungsregel, die vorgeschriebene Entwicklung der Verwaltungstätigkeit zu gewährleisten, und entspricht daher letztlich ebenfalls dem allgemeinen Interesse"(28). Einen détournement stellen daher auch alle Verstöße gegen die sich hieraus ergebenden Beschränkungen dar. Dies gilt selbst dann, wenn die betreffende Behörde bei ihrem Handeln im Gesamtinteresse tätig werden wollte (29). Diese besonderen Zweckgesichtspunkte suchen die Richter in allen Fällen selbst aufzudecken, sobald sich das Gesetz weder klar noch vollständig ausgesprochen hat (30). Hierbei gesteht sich der

(24) So z.B. CE 8.7.1955, Caisse de compensation .., in D 1955 J 597

(25) Laubadère, aaO, S.390, LWB, aaO, S.16 f., Odent, aaO, S.619, Vidal, aaO, S.310 (er jedoch ohne die gleiche straffe Systematik).

(26) Waline, aaO, S.421

(27) CE 15.3.1946, Cie. export. Madagascar, Penant 1947 II 7

(27a) aaO, S.421 f.

(28) Vidal, aaO, S.310

(29) CE 26.7.1947, Durand, in RCE S.707; Waline, aaO, S.423.

(30) Laubadère, aaO, S.391

Conseil d'Etat ein sehr weitgehendes Recht zur Festlegung und Umgrenzung der zulässigen Aufgaben und Ziele zu. Er füllt unklare und ungenaue gesetzliche Formulierungen konkret aus, oder deduziert aus der tatsächlich ausgeübten Zuständigkeit die zulässigen Zwecke. Hierbei beschränkt er sich nicht allein auf rechtliche Gesichtspunkte, sondern bezieht auch wirtschaftliche, politische, sogar "moralische" Erwägungen in seine Untersuchung ein (31). Klassisches Beispiel hierfür ist die Polizeigewalt. Sie darf entsprechend ihrer Natur nur im Interesse der öffentlichen Sicherheit, Ruhe oder Gesundheit eingesetzt werden, nicht aber auch für andere Ziele von allgemeiner Bedeutung, die an sich legitim sein können (32).

Oft wird das Ziel eines Ermessensmißbrauchs durch ein "détournement de procédure" erreicht, der Anwendung einer gesetzlich zu diesem Zweck nicht vorgesehenen Verfahrensart. Damit soll zumeist einer unbequemen Zuständigkeits- oder Formvorschrift ausgewichen oder Kosten und Zeit eingespart werden (33). Das geschieht z.B., wenn das Verfahren zur Abgrenzung von Fluchtlinien angewandt wird anstatt einer Zwangsenteignung (34), wenn ein Beamter auf Grund einer Umorganisation entlassen wird anstatt ein Disziplinarverfahren gegen ihn durchzuführen (35).

(31) Vidal, aaO, S.311.

(32) Im Fall Durand hat der Conseil d'Etat als détournement bewertet, als ein Bürgermeister die Anlage eines zweiten Einganges zu einem Gebäude untersagte, weil dadurch die Kontrolle der Prostitution erschwert werde. Dem Bürgermeister warf der Conseil d'Etat vor, seine Amtsbefugnisse zu einem anderen Zweck eingesetzt zu haben, als sie ihm zustanden: nämlich allein den Bestand der öffentlichen Sachen (domaine public) zu wahren (vgl. Anm.29)

(33) Laubadère, aaO, S.391, LWB, aaO, S.18, Waline, aaO, S.423

(34) CE 7.8.1903, Maire de Harnes, in RGE S.624

(35) CE 13.2.1948, Louarn, in RGE S.79

d) Verhältnis des détournement zu der zivilrechtlichen causa-Lehre

Die causa-Lehre befasst sich mit den Begriffen "Rechtsmißbrauch" und "unzulässigem oder unsittlichem Grund". Sowohl bei ihr als auch beim Ermessensmißbrauch wird von dem mit einer bestimmten Handlung verfolgten Zweck eine Aussage getroffen über deren Urheber (36). Beide Fälle haben gemein, daß ein Recht oder eine Befugnis mit einer Absicht ausgeübt wird, die derjenigen des Gesetzgebers zuwiderläuft. Rechtsmißbrauch bedeutet Ausnutzung eines Rechts in antisozialer oder zweckfremder Absicht; er läuft dem Gebrauch zuwider, für den es der Gesetzgeber bestimmt hatte. Beim détournement verhält es sich genauso, weil die Verwaltung von einem ihr gesetzlich zugestandenem Recht Gebrauch macht, dabei aber nicht die vom Gesetzgeber gewünschten Interessen verfolgt (37). Trotz dieser Gemeinsamkeit liegen beide Begriffe auf verschiedenen Ebenen und haben unterschiedliche Wirkungen. Der Rechtsmißbrauch bezieht sich auf die Schadensersatzpflicht, der Ermessensmißbrauch hat Bedeutung für die Würdigung der rechtlichen Wirksamkeit (38). Der Conseil d'Etat verwendet in einer Reihe von Urteilen (39) bei der Aufhebung eines acte administratif den Begriff "cause", wenn ein rechtlicher Grund nicht bestanden hat. Mit diesem Begriff deckt sich jedoch nicht der zivilrechtliche Sinngehalt, vielmehr dient er zur Bezeichnung einer Art von fehlenden Voraussetzungen zum Erlaß eines acte administratif (40).

Wie Charlier (40a) ausführt, besteht zwar die Möglichkeit, mit dem causa-Begriff global die Beziehungen zwi-

(36) Charlier, cause, no.1, Waline, aaO, S.420 f.

(37) Vidal, aaO, S.288 Anm.18

(38) Waline, aaO, S.419

(39) So neuerdings 21.2.1947, dame Pareyre in ICP 1950 II 5701; 28.12.1948, Soc.des automobiles Berliet, ebendort; weitere Hinweise bei Charlier, ICP 1950 D 871 no.15.

schen dem Zweck eines Aktes und den tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen zu seinem Erlaß zu erklären. Denn diese Bezeichnung vereinige die Gedanken der "raison d'être" und der Rechtfertigung des wirksamen Bestehens in sich (41). Die Praxis jedoch ist einer derartigen Zusammenfassung nicht zugetan, weil sie sich streng an das Schema der Aufhebungstatbestände hält und einen acte administratif aufhebt entweder wegen détournement oder wegen "fehlerhaftem Grund", ohne auf die causa einzugehen (42). Diese engen Beziehungen erklären auch, weshalb der Conseil d'Etat so häufig von der Möglichkeit Gebrauch macht, einen détournement als "illégalité relatif aux motifs" aufzufassen.

(40) Waline, aaO, S. 420 f.; daher reiht er diese Urteile ein unter den "fehlerhaften Gründen", im Ergebnis ebenso Charlier, cause, no. 15.

(40a) cause, no. 15

(41) Theoretisch lassen sich die Aufhebungsfälle folgendermaßen mit der causa (=raison d'être) des Aktes verbinden (aaO, no. 17):

- a) wenn ein acte administratif fehlerhaft durch seinen Zweck ist; das ist eine Anwendung des causa-Gedankens, weil die Verbindung zwischen dem Zweck eines acte administratif und dessen Wirksamkeit auf der Idee der Unvereinbarkeit des materiellen Inhalts mit der vom Urheber verfolgten Absicht beruhe;
- b) wenn ihre Grundlage (motif déterminant) eine Tatsache oder Rechtslage ist, die nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt; man kann hier zwar immer von Irrtum sprechen, aber auch gleichzeitig von cause inexistente, weil der causa-Begriff das Band ist zwischen der subjektiven Vorstellung des Urhebers und dem Akt selber.

(42) Charlier, cause, no. 14

§ 7. Verletzung der "Verwaltungsmoral" als Fehlergrund

Die Eigenheiten des détournement haben Hauriou veranlaßt, ihn nicht als Verstoß gegen den Grundsatz der Legalität, sondern als Verstoß gegen die Verwaltungsmoral (moralité administrative), gegen den Gedanken der "guten, nur im Gesamtinteresse tätigen Verwaltung" zu betrachten (1). Die Verwaltungsmoral sei mehr als der allgemeine Geist des Gesetzes. Denn "der Geist des Gesetzes zeigt die Grenze des Rechts im Interesse der Gerechtigkeit; der Sinn der Moral dagegen ist Leitgrundsatz bei der Auferlegung von Pflichten im Interesse des Guten; zwischen gerecht und gut besteht ein Unterschied" (2). Hauriou behauptet, beim Ermessensmißbrauch sei der Akt von der Kompetenz her gesehen legal. Er enthalte keine fehlsame Anwendung einer Vorschrift und keine Verletzung des Wesens einer speziellen Rechtsnorm. Nur das verfolgte Ziele stimme nicht mit den Zwecken guter Verwaltung überein. Zwar werde auch der allgemeine Geist des Gesetzes verletzt, aber darüberhinaus enthalte er auch ein ethisches Element.

Dieser Gedankengang hat unter den französischen Verwaltungsrechtlern keinen Widerhall gefunden (3). Waline (3a) bestreitet die Richtigkeit dieser Auffassung, weil der détournement häufig in der Umgehung von Zuständigkeitsregeln liege; weil der Conseil d'Etat heute die Mehrzahl der Fälle als "Irrtum über die gesetzlichen Voraussetzungen" behandle, die er früher als Ermessensmißbrauch angesehen haben würde; weil der Verstoß gegen den Sinn der Kompetenzbegründung kein Verkennen des allgemeinen Wesens der Gesetzgebung sei, sondern gerade der-

(1) Hauriou, aaO, S.420, und Anm. in S.1901.3.1, ferner Alibert, aaO, S.226

(2) aaO, S.420

(3) Laubadère, aaO, S.389 f., Vidal, aaO, S.313 f.

(3a) Waline, aaO, S.426

jenigen Gesetze, auf denen die Kompetenz beruht; weil schliesslich ein détournement trotz Verfolgung allgemeiner Interessen erfolgen könne, nämlich wenn gerade diese konkreten Aufgaben nicht den Obliegenheiten der Behörde zufielen. Laubadère (3b) lehnt die Auffassung von Hauriou ab, weil sie zu einer Verwischung von Recht und Moral führe und weil in ihr die Fälle eines echten Ermessensmissbrauchs nicht als solche zur Geltung kämen. Vidal (3c) ist gegen Hauriou, weil der Conseil d'Etat nur dann ein Gericht sein könne, solange und soweit er sich auch auf die Beurteilung der Legalität beschränke. Danach sei der détournement entsprechend seiner Rechtsnatur einer Kontrolle der Legalität unterworfen, weil es einem Grundsatz vernünftigen Rechts entspreche, dass der Gesetzgeber der Verwaltung nur deshalb ihre Befugnisse einräumt, damit sie diese im Gesamtinteresse ausüben soll. Halte sie sich nicht hieran, dann missachte sie den Willen des Gesetzgebers noch mehr als durch eine Verletzung spezieller Normen.

Hauriou beitretend legt Vidal anschliessend dar (3d), diese Aussage gelte nur bei einer Betrachtung der Verwaltung als blossem Getriebe des Staatsganzen. Eine institutionelle Beurteilung hingegen müsse ihr eigene Regeln zugestehen, die ihre Existenz gewährleisten und ihr die Erfüllung der Aufgaben gestatten. Was Hauriou Verwaltungsmoral nenne, seien deshalb interne Grundsätze des Verwaltungsbereiches, verschieden von den staatlichen Rechtsätzen, die den Bestand der Verwaltung rechtfertigen. Mit dieser institutionellen Auffassung könnte man nach Vidal den détournement als Mittel ansehen, durch das diese internen Verwaltungsprinzipien in den Komplex der staatlichen Gebote, also von "Moralgrundsätzen" in Legalitätsprinzipien übergeleitet werden.

(3b) aaO, S. 389

(3c) aaO, S. 313 f.

Wenn auch Waline (3e) die Verbindung des Ermessensmissbrauchs mit der Verwaltungsmoral verwirft, so gelangt er, über die Gedankengänge Haurious hinausgehend, zu der Meinung, der Begriff der Illegalität erschöpfe nicht alle Aufhebungsgründe. Die Fälle der Aufhebbarkeit seien zahlreicher als die Gesetzesverstösse. Aus den dazu angeführten Beispielen ergibt sich jedoch, dass er hierbei in der Illegalität lediglich eine Verletzung geschriebener Normen sieht, sie also in einem engen Sinne versteht:

- 1) Zur Gewährung oder Verweigerung einer Genehmigung ist ein Beurteilungsspielraum gegeben, ohne dass in der Entscheidung Gründe angegeben werden müssen. Lehnt die Behörde nun fälschlicherweise ausdrücklich wegen Unzuständigkeit den Antrag ab, heben die Gerichte die Verfügung auf. Wurden hingegen keine Gründe angegeben, dann ist die Verfügung unangreifbar (4). Seiner Ansicht nach ist einzig mögliche Erklärung hierfür, dass nach aussen erkennbar die Opportunität nicht geprüft wurde, obwohl dies hätte geschehen müssen.
- 2) Oder wegen Formverstosses werden Beschlüsse von Kollegialorganen aufgehoben, wenn der Abstimmung unbeteiligte Dritte beigezogen haben, auch ohne dass sie sich beteiligten (5). Ebenso ist die Aufhebung die Folge, wenn in einem Globalverfahren eine Reihe von Anträgen beschieden wird, anstatt eine getrennte Untersuchung für jeden einzelnen durchzuführen, obwohl kein Gesetz sich über das einzuschlagende Verfahren ausspricht (6).

Hieraus folgert er eine Regel, nach der jeder Akt aufzuheben ist, wenn die Verwaltung in dem eingeschlagenen Verfahren sich selbst eine gesunde Abwägung der Opportunität unmöglich gemacht habe. Es bestehe die Pflicht,

(3d) aaO, S. 314

(3e) aaO, S. 427

(4) CE 20.6.1952, Legros, in RDP 1953 S. 725

(5) CE 2.4.1954, Ricros, in RCE S. 215

(6) CE 16.11.1928, Foucher, in D 1929.3.33

jede Entscheidung unter den bestmöglichen Voraussetzungen zu treffen. Aus dem gleichen Gesichtspunkt liesse es sich erklären, warum der Conseil d'Etat nach Erlass eines Gesetzes durch seine Rechtsprechung dieses zuweilen "ergänzt", um die Anwendungsvoraussetzungen zu erweitern oder zu präzisieren.

§ 8. Abschliessende vergleichende Betrachtung zur
Fehlerhaftigkeit.

Die Behandlung der Fehlerhaftigkeit in Frankreich zeigt, dass trotz weitgehender Übereinstimmung mit den deutschen Verhältnissen in Fragen der graduellen Bewertung die französischen Gerichte geneigt sind, der Verwaltung einen grösseren Handlungsspielraum zuzugestehen, als dies bei uns der Fall ist. Das ergibt sich einmal aus der extremen Scheu, einem fehlerhaften Akt über das normale Mass der Aufhebbarkeit hinausgehende Fehlerfolgen zuzuschreiben. Daneben tritt diese Tendenz zutage bei der grosszügigen Behandlung der Formfragen.

Die Fehlertatbestände sind eine typische Erscheinung des französischen Anfechtungsverfahrens. Sie entspringen offenbar einem Bedürfnis der französischen Juristen, die rechtlichen Erscheinungen in einem strengen System einzuordnen. Sieht man von der besonderen Behandlung derjenigen Sachlagen ab, die in Deutschland als Ermessensfragen behandelt werden, dann erfassen diese Tatbestände sachlich die gleichen Fehlergründe, wie sie bei uns bekannt sind.

L e b e n s l a u f :

Geboren wurde ich am 29. Juli 1933 in Idar-Oberstein als Sohn des Stadtrentmeisters Wilhelm Lanz und seiner Ehefrau Trude, geborene Keßler. Meine Schulzeit begann an Ostern 1940 und endete an Ostern 1953 mit dem Abitur an der Göttenbach-Schule in Idar-Oberstein.

Vom Sommersemester 1953 bis Sommersemester 1957 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Mainz, Frankfurt am Main und Heidelberg. Mein Referendarexamen bestand ich im September 1957 vor dem Justizprüfungsamt in Mainz. Im Januar 1958 begann meine Referendarausbildung im Justizdienst des Landes Rheinland-Pfalz. Das mündliche Doktorexamen fand am 25. Juli 1961 statt. Im Februar 1962 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz das Assessorexamen.

Seit März 1962 bin ich in einem Anwaltsbüro in Frankfurt am Main tätig und seit Juni 1962 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen.

